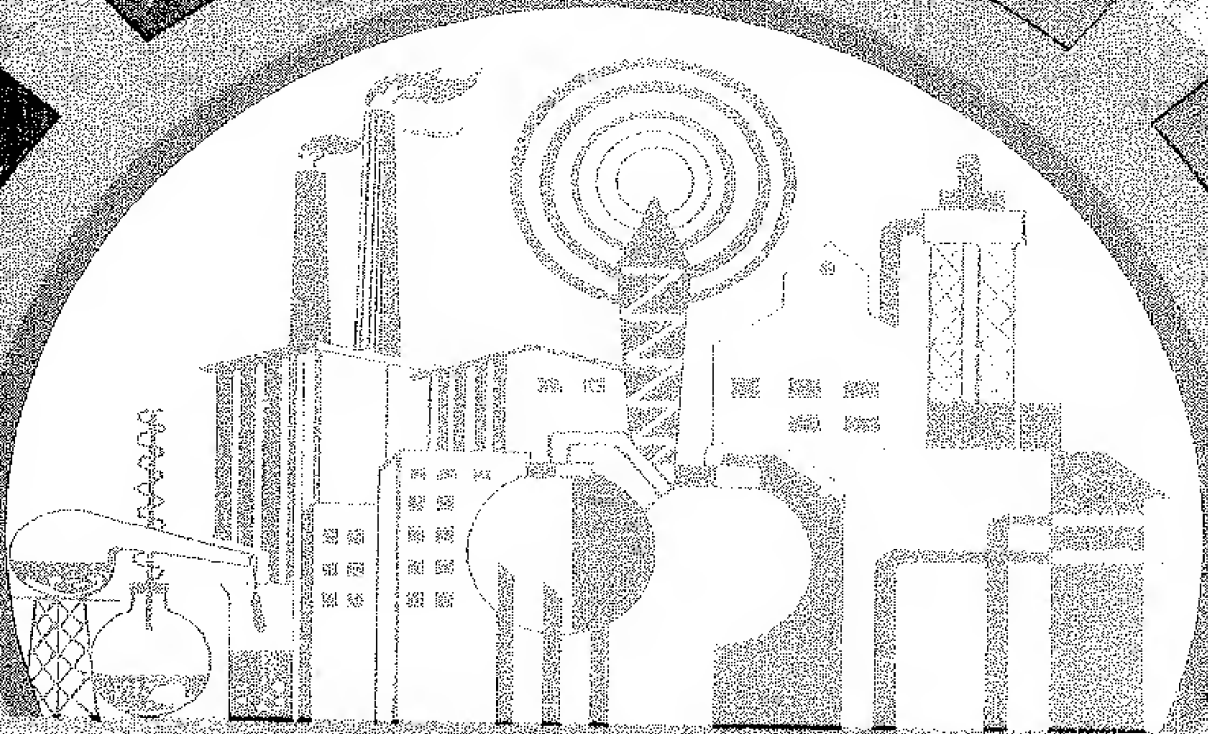


# عقلا الاستصناع

أو « عقد المعاولة »  
في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة



د. كاسم بن عبد الكريم القيدري  
رئيس قسم الشريعة الإسلامية في الجامعة الإسلامية  
كلية الشريعة في جامعة كندا  
والمسكن في أوسلو في النرويج



د. كاسب بن عبد الكريم البدران  
رئيس قسم الثقافة الإسلامية  
واللغة العربية  
كلية التربية - جامعة الملك فيصل

# عَقْدُ الْإِسْتِصْنَاءِ

أو « عقد المقاوله »

في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة

طبعة جديدة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الطبعة الأولى عام ١٣٩٨هـ / ١٩٧٩م  
الطبعة الثانية عام ١٤٠٤هـ / ١٩٨٤م  
حقوق الطبع محفوظة

بسم الله الرحمن الرحيم

### تقريظ \*

مما لا ينسى أبدا ومما لا يجهل أبدا ما نراه ونقرؤه من قفزات جامعاتنا .. وتطورها بحيث بدأت توجد مجالات واسعة وحقولا نافعة ينفذ منها الدارس الى أعماق علوم اللغة والدين والشريعة .. ينال ابن البلد رسالة المساجستير والدكتوراه في بلده وجامعته بدلا من دراسته في بلاد أخرى .. وهذا لاشك كسب للبلاد وبناء للأفكار وتغذية للعقول ولتكون الجامعة معينا عذبا ينهل منه الطالب الجاد ذو الهدف الأسمى والغاية المثلى .. ان هذه الرسائل التي بذل فيها الجهد وامضى فيها الدارس سنوات سواء كان هنا او هناك في اى بلد تتوفر فيه المراجع والدراسة ..

ان هذه الرسائل مع الأسف تضيع في تلافيف الاختبارات ورفوف المكتبات يعلوها الغبار ...

وعلى الجامعة والطالب معا ان يتعاونوا في طباعتها لأنها جهد مشرف لا يوجد في كتاب ولكنه منقول من عشرات الكتب .. ..  
واليوم نصل الى رسالة في « عقد الاستصناع » دراسة مقارنة للطالب كاسب بن عبد الكريم البدران في معهد القضاء العالي في جامعة الامام محمد بن سعود .. قرأت هذه الرسالة التي حوت مالمذ وطاب في هذا الباب — تقع في أكثر من « ٢٥٠ » صفحة من القطع الكبير . اخذها من عشرات المراجع وبها عشرات الأبواب والمباحث ومكتباتنا الاسلامية في أمس الحاجة اليها ..

الشيخ عثمان الصالح

رئيس تحرير مجلة البحوث الاسلامية  
الرياض



## مقدمة الطبعة الأولى

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام  
على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ..  
وبعد :

فبعمونه تعالى وتوفيقه ، اخترت الكتابة في  
عقد الاستصناع في الشريعة الإسلامية كي  
أحصل بها ساقمه في هذا البحث المتواضع على  
درجة « الماجستير » من المعهد العالي للقضاء  
.. وهذا هو المتبع في المعهد العالي للقضاء لمن  
أراد الحصول على الماجستير .

ان هذا الموضوع طالسا فكرت فيه لما هو واقع في معاملات الناس  
اليوم ، ولقد وجدت ان كثيرا من معاملاتهم الحاضرة تقوم على طلب  
الصنعة . فاستشرت كثيرا من العلماء عن هذا الموضوع وجدوى دراسته  
مع قلة المصادر فيه مموما . وخاصة عند المذاهب الثلاثة ( المالكية ،  
الشافعية ، الحنابلة ) فأشاروا على بدراسته وان العبرة هي في اخراج  
فكرة من الموضوع اخراجا يبين فيه رأى الفقه الاسلامى في معاملة جرى  
العرف الآن على التعامل بها افرادا وشركات وحكومات . وليست العبرة  
بكثرة الصفحات . فهناك موضوعات يمكن ان تسود فيها مئات الصفحات  
بالمداد دون ان تكون ذات نفع كبير .

ونحن نعرف ان ما يستجد من حضارة صناعية وتجارية يحتاج الى  
الضبط بمعيار فقهي اسلامى دقيق ، يعين الناس على الاستقرار في هذه  
الحياة .

والاستصناع بعد تطور الحياة ونمو الحضارة وشمول النهضة  
الصناعية جميع الدول كبيرها وصغيرها أصبح موضوعا هاما يجب  
العناية به ، تنظيما وتكييفا حتى يؤدي دوره في خدمة الانسانية .

فالمصانع الكبيرة والصغيرة بكامل دورة الحياة فيها من انشاء  
المصنع حتى التسويق ، تحتاج الى تشريع ينظم حقوق عمالها واصحاب  
رؤوس الاموال فيها ، ويحفظ كذلك حقوق المتعاملين معها . لئلا تكون  
الصناعة سببا في سيطرة وتنافس قاتلين ، سواء على مستوى الافراد  
او الجماعات او على مستوى الحكومات في بعض الحالات

وليس هناك من تشريع غير الاسلام نظم التعامل بهذا الأسلوب تنظيما  
دقيقا . ضبط فيه حقوق الصانع والمستصنع .

ولهذه الاسباب وغيرها اخترت تحمل المشقة في بحث هذا الموضوع  
لاضع لجنة مع غيري في ايجاد توضيح له اروي به ظمنا المتعطشين  
الى معرفة الحق بدلا من التهاافت على سراب النظم الغربية والادعاء  
بدعاوى باطله ضد الاسلام .

فعزمت وتوكلت على الله سبحانه على الكتابة بهذا الموضوع الذي  
تعامل به المجتمع منذ القدم وازداد هذا التعامل في وقتنا الحاضر زيادة  
كبيرة خاصة وان ما تعومل به بين البلدان يزيد من ضخامة التعامل .

فسهولة المواصلات زادت من هذا التعامل الخارجى الذى هو الشغل  
الشاغل لكثير من المسلمين في تنظيم التجارة . وقد قمت بدراسة الاستصناع  
في النظام الوضعى فقها وقانونا ، واكثر ما ركزت على القانون المدنى المصرى .  
وبينت موقف النظم الوضعية من الاستصناع وناقشتها ، وقارنت بينها .

ان ابراز هذا النوع من التعامل للمجتمع انما هو خدمة للاسلام وابرار  
لما احتوته كنوز الفقه الاسلامى .

وازاحة الستار عن هذه الثروة الفقهية الغضة التى هى بعض ما ارسنه  
هذه الشريعة الخراء من نظم كفيلة بسعادة البشرية في كل زمان ومكان  
الى ان يرث الله الأرض ومن عليها .

### خطة البحث :

سأسير في دراستى للاستصناع على الخطة التالية :

أفتتح رسالتى بتمهيد أتعرض فيه بصفة عامة عما يلى :

**الفصل الأول :** عن العمل والاستصناع . أتكلم فيه عن أهمية العمل  
في الشريعة الاسلامية ومكانة الاستصناع من العمل . ثم أعطى لمحة



تاريخية عن الاستصناع والهدف من المعاملات في الاسلام وأبين منزلة الاستصناع بين الشريعة الاسلامية والنظم الوضعية .

وفي الفصل الثاني . . سأدرس مدى حرية المكلف في انشاء العقود وهل هو حر في انشاء ما يريد من العقود ؟ أم حريته مقيدة بانئذ الشارع الحكيم . . ورأى النظام الوضعي في مدى حرية المكلف في انشاء العقود .

أما الفصل الثالث . . فسيكون البحث فيه عن التعاقد على المعدوم . . وهل يجوز التعاقد على المعدوم أم لا يجوز ؟ واختلاف الفقهاء المسلمين . . ورأى النظام الوضعي به . . ودراستنا له لأن عقد الاستصناع قائم على أساس التعامل بشيء غير موجود وقت التعاقد . . فأتينا للبحث وإكمالاً لموضوع الرسالة قمنا بدراسته .

وساقسم الموضوع الى ستة أبواب :

أبحث في الباب الأول . . مفهوم الاستصناع . . وهل هو عقد أم وعد ؟ وسأجعل هذا الباب ثلاثة فصول : اخصص الفصل الاول : في الكلام عن مفهوم الاستصناع في اللغة والاصطلاح ، وفي اصطلاح النظم الوضعية . . أما الفصل الثاني : فيكون في الجواب عن التساؤل التالي : هل الاستصناع عقد بيع أم وعد بالبيع ؟ وفي الفصل الثالث : أتكم عن تعريف العقد بصورة عامة . . وذلك بعد أن نعرف أن الرأي الراجح هو أن الاستصناع عقد لا وعد .

أما الباب الثاني : سأبحث فيه حكم عقد الاستصناع عند الحنفية والذين جعلتهم من أصحاب الاتجاه الأول . . وحكمه عند المذاهب الفقهية الثلاث ( المالكية ، الشافعية ، الحنابلة ) وسيتهم أصحاب الاتجاه الثاني . . ثم حكمه عند الظاهرية والشيعة الجعفرية . وأخيراً حكمه عند أصحاب النظم الوضعية .

وفي الباب الثالث : سيكون بحثنا في تكييف عقد الاستصناع . . هل هو عقد بيع ؟ أم عقد سلم ؟ أم اجارة ؟ أم يجمع بين بعضها البعض . . وهذا يكون عند الحنفية أولاً ثم النظام الوضعي ثانياً .

أما الباب الرابع : فأتبحث فيه المقومات للعقود جميعها بصورة عامة والاستصناع في صورة خاصة . . وأبحث في شروط العقد بصورة عامة للاستصناع وغيره من العقود ، وشروط الاستصناع خاصة .

وفي الباب الخامس : سيكون البحث عن اللزوم وعدم اللزوم في عقد الاستصناع . . . وعليه . . . سأقسم هذا الباب إلى ستة فصول : أبحث في الفصل الأول موقف الاستصناع من العقود المسماة . وفي الفصل الثاني : عن تقسيم العقود بالنسبة للزوم وعدمه عند أصحاب الاتجاه الأول ومنزلة الاستصناع منها . ولما كان الاستصناع يمر بمراحل ثلاث حتى يتم عقد الاستصناع بوجهه الأكمل . . . لذا سأتناول هذه المراحل . . . وهسل الاستصناع لازم لحق الطرفين أم غير لازم . أم لازم بحق أحدهما دون الآخر ؟ كل هذا في الفصل الثالث . . أما الفصل الرابع : فسأبين فيه رأيا مستقلا يرى أن الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى نهايته . . وفي الفصل الخامس أبحث عن آثار عقد الاستصناع وفي آخر هذا الباب سيكون البحث عن رأي النظام الوضعي في عقد الاستصناع هل هو لازم أم غير لازم ؟

وفي الباب السادس : يكون البحث فيه بأمور تتعلق بعقد الاستصناع كخيار الرؤية وخيار العيب . . والتنازع بين طريقي عقد الاستصناع . وهل للظروف الطارئة اثر فيه ؟ وبعد ذلك أتكلم عن الشرط الجزائي في عقد الاستصناع ورأي المعاصرين فيه . . والذي اخترت منهم الشيخ عبد الله آل محمود كنموذج للمعاصرين الذين تكلموا عن الاستصناع . وفي تطبيق هذا العقد على الواقع . . اخترت عقودا داخلية ، وعقدا خارجيا لكي أضعها في بحثي كدراسة تطبيقية . . وأخيرا أبحث ما ينتهي به عقد الاستصناع . .

وفي ختام هذه المقدمة . . وقبل الشروع في البحث أتقدم بخالص الدعاء للأستاذ المشرف الشيخ / أحمد محمد الحصري . . الذي ما فتى يعطيني من وقته الكثير ولم يجعل الوقت الرسمي هو الكافي لعطائه . . بل فتح بابه لكل مرة أريد التباحث معه .

وأشكر القائمين على أمور المعهد والجامعة لما أعانوني عليه في إتاحة الفرصة أمامي للبحث والمتابعة داخل المملكة وخارجها . . فجزاهم الله هنا خير الجزاء . . والله يوفقهم لما يحبه ويرضاه .

والله الموفق والمعين على كل حال . .

والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته .

كاسب بن عبد الكريم البتران

الرياض في ٩ ربيع ثان سنة ١٤١٨

## مقدمة الطبعة الثانية

الحمد لله والصلاة على رسول الله وبعد فاني قدمت للمكتبة «عقد الاستصناع» لما لـه من أهمية في الحياة الاقتصادية للعالم الاسلامي وترقبت كل ما يرد لي من ملاحظات حول هذا البحث ولكنها لم تكن كثيرة فلم أتشجع لاعادة طبعه مرة اخرى خلال السنوات الخمس التي مرت على الطبعة الأولى حيث كانت ١٣٩٠هـ. الا ان البحث - في عقد الاستصناع أو كما يسمى عند البعض وكمصطلح حديث قريب اليه هو «عقد المقاولة (١)» - في الموسوعة الفقهية التي تصدرها وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية بالكويت والتي عملت بها كباحث فقهي زادني اطلاع على هذا العقد فكتبت خلاصة عنه في الموسوعة المذكورة. بحرف « المهمزة » ونفذ النسخ بالاسواق كل هذا حفزني لاعادة طبع الكتاب فلملي أجد ملاحظات اخرى من العلماء لدراستها وضافة ما يفيد البحث في الطبعات المقبلة بعونه تعالى وكلي أمل ان تصلني تلك الملاحظات القيمة والله أسأل ان يسدد خطا الجميع لخدمة الاسلام والمسلمين

والله الموفق

الدمام في ٨ / ١١ / ١٤٠٤هـ.

---

د. كاسب بن عبدالكريم البدوان

رئيس قسم الثقافة الاسلامية واللغة العربية

جامعة الملك فيصل ص.ب ١٩٨٢

الدمام ٣١٤٤١



## الباب التمهيدي

\*\*

الفصل الأول : العمل والاستصناع.

الفصل الثاني : مدى حرية المكلف في إنتساء المقود.

الفصل الثالث : التعاقد على المدوم.



## الباب التمهيدي

### الفصل الأول : العمل والاستصناع

#### ✽ البحث الأول : أهمية العمل في الشريعة الإسلامية :

ان هذه الحياة التي تسير في هذا الكون ، والتي نحن بحاجة الى معرفة اسرارها ، وما يدور فيها من أحداث . تستدعي منا التدبر والتفكير بها . فقد أمرنا الله سبحانه وتعالى مما أمرنا به السير في الأرض ، وأن نتدبر .

والحياة لم تكن عند العرب خاصة والمعجم عامة على وتيرة واحدة من النظم ، فالجاهلية غمرت العالم قبل الاسلام ، فجاءت نظم الاسلام لتقوض اركان الجاهلية الاولى اما بالالغاء أو بالتعديل أو بإقرار بعضها دون البعض الآخر .

فبالاسلام وجد الحل الذي به تسير الحياة الانسانية على منهج قويم وتصور عظيم للكون . . وبهذا تكون ويتكون المجتمع الاسلامي اذا كان وفق هذا المحور لا يحدد عنه (١) .

وعمل الانسان المسلم في الحياة غالبا ما يكون ذا نمطين ، النمط الاخرى في مجال الدعوة والامر بالمعروف ، والنهي عن المنكر ، وغير ذلك . والنمط الدنيوي الخاص بسد حاجته . . الا أنه لا ينفصل عن الاول لانه يريد به وجه الله والنتيجة الحسنة بالآخرة .

وببحثنا هذا سنحاول التمعن في أفق معين من الحياة العملية للانسان الا وهو العمل اليدوي المرتبط بالآخرين لسد حاجاتهم المعيشية في كل مجالاتها .

وهذا العمل يحتاج الى دراسة وتنظيم وتشريع يحدد الصالح منه ويبين الجائز وغير الجائز .

---

(١) الاسلام ومشكلات الحضارة — سيد قطب ص ٢ .

العمل هو وسيلة التملك ، ووسيلة تنمية الثروة (٢) .. أو هو الجهد الذى يبذله الانسان — بدنيا كان أو ذهنيا ، أو هما معا — فى استثمار ما سخره الله لنا من خيرات (٣) .

قال الله تعالى : ( ومن احسن قولا ممن دعا الى الله وعمل صالحا وقال اننى من المسلمين ) (٤) .. غالية تبين ان العمل شامل للعمل المادى والدينى الذى هو تنفيذ احكام الشريعة الاسلامية (٥) .

والعمل المادى يدخل فيه العمل الصناعى فى جميع نواحيه الذى هو كسب الرجل بيده أو بعقله أو بهما معا .. روى ان الرسول صلى الله عليه وسلم عندما سئل عن افضل الكسب قال : « بيع مبرور وعمل الرجل بيده » (٦) .. وهو نعمة . قال تعالى : ( ليأكلوا من ثمره ، وما عملته ايديهم أفلا يشكرون ) (٧) .. والشكر على النعمة يقتضى حفظها . ولا يكون هذا الحفظ تاما الا اذا اقتنع الانسان المسلم بان للعمل دورا بارزا فى شريعته .

والعمل له شأن كبير فى تحسين المال وحيازته واستثماره مما له مكانة عظيمة فى الحضارة الاسلامية .. لهذا نجد ان الايات التى وردت فى القرآن الكريم والتى تحدثت عن العمل اكثر من ثلاثمائة آية (٨) .. ودعوة الاسلام للعمل نابعة من اهميته .

فبالعمل يتم الانتاج ، وبالعامل يزداد هذا الانتاج ، وتتحقق العدالة الاجتماعية ، فيتحقق الأمن والرخاء للأمة .

وما يضاد العمل كالكسل ، والخمول ، والبطالة ، يلقي ذما كبيرا فى الاسلام (٩) وكذلك الكسب الحرام .. مع انه عمل .. الا انه مذموم أيضا .

---

(٢) معركة الاسلام والراسخالية — سيد قطب ص ٢٥

(٣) الاقتصاد الاسلامى — ابراهيم الطحاوى — ج ١ ص ٢٣٦ .

(٤) سورة فصلت / آية ٣٣ .

(٥) اشتراكية الاسلام — مصطفى السباعى — ص ١٥٤ .

(٦) مسند الامام احمد — مجلد ٣ ص ٦٦ .

(٧) سورة يس / آية ٢٥ .

(٨) انظر المرشد الى آيات القرآن الكريم وكلماته — محمد مازن بركات ص ٢٤٣ الى ٢٤٦ .

(٩) انظر الاقتصاد الاسلامى للطحاوى ص ٢٣٧ .



والعمل أو الكسب متنوع في الحياة وله مجالاته المختلفة التي لا حصر لها فقد يكون العمل زراعيا ، وهذا العمل الزراعى قد يكون في النهاية صناعيا بأن تصنع المزروعات للبيع فيما بعد .

وقد يكون صناعيا محضاً وهو في هذه الحياة يتنوع تنوعاً كبيراً وخاصة في قرننا هذا الذى ما فتئ العقل البشرى يفكر ويخترع لتطوير الحياة .. فاحتاجت الحياة الى تنوع الصناعات على وفق الحاجة الماسة لها .. فمن الحاجيات البسيطة المصنعة باليد أو الماكينة البسيطة الى الآلات الدقيقة وإلى مالا نهاية من الحاجيات التي زاد الطلب عليها حتى وصلت الى المركبات الفضائية .

فالإسلام يحيط العمل بقداسة ، ويمنح اليد التي تزاول العمل كل توقير وتعظيم .. جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « خير الكسب كسب يد العامل إذا نصح » (١٠) ..

وجاء أيضاً عنه عليه الصلاة والسلام قوله : « ما أكل أحد طعاماً قط خيراً من أن يأكل من عمل يده » ، وإن نبي الله داود عليه السلام كان يأكل من عمل يده » (١١) ..

فهذه الأحاديث وغيرها دالة كل الدلالة على مدى الاهتمام الذى يوليه الإسلام للعمل .

لهذا كله وجدنا فقهاء الإسلام على مر العصور يدرسون هذه الأمور وما يترتب عليها من قضايا حتى (١٢) أن بعض فقهاء الإسلام جعل عمل للعامل الحق في الحصول على نصف الربح — أن كان يعمل عند رب عمل صناعى أو غيره — الذى يحصل عليه من الانتاج .

والمبدأ العام الذى يجعل للحاكم أن يستجد من الأحكام بقدر ما يجد من الاقتضية يجعل للدولة من حقوق التشريع العمالية ما تراه دائماً وفق مطالب المجتمع المتجدد ومبدأ المصالح المرسل ( أى مصالح المجتمع التى لم يرد بها نص ) ، ومبدأ سد الذرائع ( أى توقي الأخطار المحتملة ) كفيلان بمنح الدولة كل الحرية في التشريع وفق مقتضيات الأحوال ، وفي حدود القواعد الأساسية للإسلام (١٣) .

(١٠) رواء أحمد في مسنده — الجزء الثانى من ٣٣٤ ، ٢٥٧ .

(١١) رواء البخارى — فتح البارى — الجزء الخامس من ٢٠٩ .

(١٢) معركة الإسلام والراسالية من ٥ وما بعدها

(١٣) نفس المصدر السابق من ٤٥ .

ولم يغفل غقهاء الاسلام عن ربط العمل بالعقيدة . لان كلا من العمل والعقيدة متلازمان ، وبالعقيدة علاج المجتمع وذلك بوجوب ملء النفس بالعقيدة الدافعة ، العقيدة التى تملأ فراغ النفس وخواتها ، وترغمها الى الله ، وتجعل للفرد هدفا اكبر من ذاته هو ذلك المجتمع الذى يعيش فيه ، وتلك الانسانية التى هو منها (١٤) .

وقد فطن الاسلام الى اهمية العقيدة فى تكييف علاقات الناس الواقعية المتجددة .. ولكن اكثر الناس ممن يدعون الاسلام ، وبحماسة غيبية لم يفتنوا الى الذى فطن اليه الاسلام وبينه وصاغ نظامه على اساسه .. عقيدة تتمثل فى شريعة وشريعة هى تفسير وتحقيق لهذه العقيدة .. ووحدة شعورية تشريعية تتألف منها حياة واقعية ممثلة فى العقيدة والسلوك والعبادات والمعاملات ، وفى السرائر والجوارح وفى الافراد والمجتمعات (١٥) .

اذن .. ما هى نتائج ارتباط العقيدة بالعمل ياترى ؟

لا بد من نظرة فاحصة لهذا الارتباط ، فلو تتبعنا التاريخ لوجدنا ان المقياس يدلك على ان الاتقان فى العمل والزيادة فى الانتاج هما اعلى الدرجات .

لم لا .. والاسلام يحث على الاتقان فى العمل وهى مسئولية كل من يعمل قال تعالى : ( ولتسئلن عما كنتم تعملون ) (١٦) .

وما أدراك اذا ماكان الاتقان بالعمل ، وزيادة الانتاج الصناعى ميسودى الى نظرة الناس فى العالم كله الى الاسلام ذلك الدين السماوى ذى المكانة العالية .. ليكون لهم قدوة فى هذا العالم المسمى .. فعندها يعتبر المكان الذى طبق به كبقعة مثالية يقتدى بنظامها .. وهذا نوع من انواع الدعوة الى الله عز وجل .

لم لا وعصرنا عصر الاتقان ، او مايسمونه فى الوقت الحاضر باللاتينية ( تكنولوجيا ) اى ( علم الاتقان ) .. وامة الاسلام هى اولى بالتمسك بهذا العلم الذى يدعو اليه دينهم . فبهذا الاتقان تحل مشاكلهم مع الاعداء

(١٤) نفس المصدر السابق ص ٥٠ .

(١٥) معركة الاسلام والراسالية ص ٥٧ .

(١٦) سورة النحل - آية ٩٣ .

الذين يتربصون بهم الدوائر .... فيقطعون عنهم ما هم بحاجة اليه من عدد للحرب او البناء في السلم ( واعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم وآخرين من دونهم لاتهمونهم الله يعلمهم ) (١٧) .

فالقوة هي كل شيء بعد رسوخ العقيدة لمحاربة الأعداء بأنواع الأسلحة ، فبالصناعة نستطيع فعل الأسباب للوصول الى الهدف

### ✽ المبحث الثاني : لمحة تاريخية عن الاستصناع :

بعد هذا كله .. لابد ان نبرز نقطة مهمة في دراسة الاستصناع وهي .. هل الاستصناع كان موجودا منذ القدم والى الآن .. أم لم يكن كذلك ، وانها هو امر جديد حدث بعد الاسلام ؟ .

الاستصناع لفظة طلب الصنعة كما سنبينه فيما بعد .. وطلب الصنعة سواء كان على صورة الاستصناع الذي هو محل بحثنا على وجه مخصوص .. أم عن طريق الاجارة ، او التعاون ، او الهبة ، او الهدية .. وهذا ليس ببعيد في سابق الأزمان حيث كان الناس يتعاونون فيما بينهم ، ولا يعيرون للمال أهمية .. فكل من في القبيلة ان استطاع عمل شيء يمكنه ان يعد نفسه لذلك .. فيأتى القريم يطلبون منه ذلك المصنوع ، وهو بالمقابل يحصل على ما يريد بصرمة .. فهذا هو التعاون القائم على البساطة .

وما يعمل به الناس انما هو لسد حاجاتهم في اغلب الأحوال ، فتراهم يحكمسون عقولهم في تلبية رغباتهم ورغبات غيرهم من ملابس ومأكل ومشرب ، ومركب ومرصد .. وهذه تحتاج الى مهارات عالية .

لم تقتصر على عصر دون عصر ، فمنذ الخليقة والبشر يصنعون حاجياتهم وفق قدرتهم ، ومدى حاجتهم المتكررة والمتطورة من وقت الى آخر . والمختلفة من مكان الى آخر .

فلنأخذ مثالا على ذلك .. هو اللباس ، فقد كان البشر على ما يذكر لنا التاريخ يلبسون ورق الأشجار ، ثم تطورت صناعة الملابس الى ان أصبحت مادة الخام هي القطن مثلا ، وذلك بان حاكوها ولونوها لتكون

---

(١٧) سورة الانفال - آية ٦٠ .

لباسا يستقرون به .. وكذلك النار بدىء بها بضرب حجر بحجر فجساء  
الكبريت ليحل محله .

اذن .. غالصناعات قديمة قدم البشرية الاولى .. فنبي الله داود  
عليه السلام كان يأكل من عمل يده (١٨) ، وعمل اليد يشمل امورا كثيرة  
منها العمل الزراعى والصناعى .

ذكر لنا ابن حجر (١٩) نوع عمل داود عليه السلام بأنه كان زرادا ..  
فهو عمل يدوى صناعى .. وقبله آدم — عليه السلام — كان حراثا ، وكان  
نوح نجارا ، وكان ابريس خياطاً ... الخ .

واستمرت الحال الى عهد الرومان والفرس ، فقد ثبت بالتاريخ ان  
الصناعة كانت موجودة عندهم .. ومن تعامل العرب مع الروم والفرس  
ونقل حضارة الدولتين للعرب يدلنا على ان الروم والفرس قد عرفوا  
ببراعتهم فى الصناعة .

وبعد ذلك فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم الى عصور متأخرة :  
ثبت وجسود الاستصناع على ما تراه فى كتب الحنفية .. فقد قال فقهاء  
الحنفية ذلك (٢٠) .. ومن ذلك ما ذكره المرخسى (٢١) ان الناس تعاملوا  
الاستصناع من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من  
غير تكبر .

وكان المنطق السليم — والنبي صلى الله عليه وسلم يحذر (٢٢) من  
الاقتصار على الزراعة او تجاوز الحد فيها عن المقدار اللازم — ان يتوجه  
نشاط الافراد الاقتصادى الى أنشطة اخرى فى مجالات كثيرة كالتيجارة  
والصناعة وغير ذلك .

ومن ثم نجد القرآن الكريم قبل ذلك يعنى بتوجيه المسلمين الى ممارسة  
الصناعة بشتى انواعها وبمختلف خاماتها سواء كانت مستخرجة من باطن  
الارض او من اشجارها او من حيواناتها او من غير ذلك .

---

(١٨) المراد به حديث المتداد — رضى الله عنه — عن النبي صلى الله عليه وسلم قال :  
« ما اكل أحد طعاما قط خيرا من أن يأكل من عمل يده » ، وان نبي الله داود عليه  
السلام كان يأكل من عمل يده .. رواه البخارى — فتح البارى ٥ — ٢٠٩ .

(١٩) انظر فتح البارى — جزء ٥ من ٢١٠ .

(٢٠) انظر البدائع للكاسانى — جزء ٦ من ٢٦٧٨ ، انظر فتح القدير — ج ٥ من ٢٥٥ .

(٢١) انظر المبسوط — ج ١٢ من ١٢٨ .

(٢٢) أقصد به ما رواه ابن عمر (رض) عن النبي (ص) انه قال : اذا تبايعتم بالمعينة واخذتم  
اذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد بسط الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى  
ترجموا الى دينكم « انتهى الاخبار مع نيل الاوطار ٥/٢٢٢ .

والحديد تلك المسادة الخام المهمة في الحياة حربا وسلما .. وهي اصل الصناعات ( وانزلنا الحديد فيه بأس شديد ومنافع للناس وليعلم الله من ينصره ورسله بالغيب ان الله قسوى عزيز ) ( ٢٢ ) . لازالت تحتفظ بقيمتها في كثير من الصناعات المفيدة .

ومن المواد الخام .. النحاس ، والنفط ، والرصاص ، والقطن ، والصوف ( وعلماها صنعة لبوس لكم لتحصنكم من بأسكم فهل انتم شاكرون ) ( ٢٤ ) .. وقول البعض اطلبوا الرزق تحت خبايا الأرض ( ٢٥ ) .. ولا يكون هذا الا بالصناعة .

وهناك النباتات كالتمر ( ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخلون منه سكرا ورزقا حسنا ان في ذلك لآية لقوم يعقلون ) ( ٢٦ ) .. فكثير من الصناعات الآن تقوم على ثمر النخيل والأعناب وغيرها من النباتات .

وقوله تعالى : ( ويصنع الفلك وكلما مر عليه ملأ من قومه سخروا منه قال ان تسخروا منا فانا نسخر منكم كما تسخرون ) ( ٢٧ ) .. يبين لنا نوعا من أنواع الصناعات المتعارفة عند السابقين الا وهو صناعة السفن .

فهذه الدلالات كلها عن شرع من قبلنا تعدد تقريبا على ان شرع من قبلنا شرع لنا .. ولا سيما اذا ورد في شرعنا مدحه وتحسينه مع عموم قوله تعالى : ( اولئك الذين هدى الله فبهداهم اقتده ، قل لا اسئلكم عليه اجرا ان هو الا نكرى للعالمين ) ( ٢٨ ) .. وان ذكر الشيء بدليله اوقع في نفس سامعه ( ٢٩ ) ، وجاء أبو حنيفة في العصر العباسي فوجد الناس يتعاملون في الاستصناع وهو التاجر في السوق غدرس هذا التعامل من كل جوانبه فخرج على ما هو عليه في كتبهم .. ثم جاء العثمانيون فزادوا عليه ما وجدوا من كثرة التعامل نوعا وكما ، ونحن في عصرنا الحاضر من منا لم يتعامل بالاستصناع ؟

---

( ٢٢ ) سورة الحديد — آية ٢٥ .

( ٢٤ ) سورة الأنبياء — آية ٨٠ .

( ٢٥ ) انظر الاقتصاد الاسلامي للطحاوى — جزء ١ من ٢٥٨ .

( ٢٦ ) سورة النحل — آية ٦٧ .

( ٢٧ ) سورة هود — آية ٢٨ .

( ٢٨ ) سورة الأنعام — آية ٩٠ .

( ٢٩ ) انظر فتح الباري — جزء ٥ من ٢١٠ .

أكثرنا يتعامل بلا شك ، فمن هذا كانت لدى الرغبة بدراسة الاستصناع كبداية للطريق .

الاستصناع نوع من أنواع المعاملات الشرعية .. والمعاملات ذكرنا سابقا بأنها ترتبط بالعقيدة الإسلامية ارتباطا عظيما .. فالشريعة إيمانية ، والغرض المهيمن عليها هو تنفيذ ما أمر الله سبحانه وتعالى به ، وما نهى عنه .

### \* الهدف من المعاملات في الإسلام :

المعاملات في الإسلام (٢٠) ليس الهدف منها انطلاق الأفراد في تحقيق مصالحهم الخاصة فقط .. وإنما الهدف الأساسي .. هو إقامة المصالح الشرعية للجميع ودرء المفاسد عنهم .

فالمعروف أن الغرض من الاتجار بالنظام التجاري الوضعي هو الربح والكسب فقط .. أما في الشريعة الإسلامية .. فهو جلب المصالح بتقريب السلع لطالبيها حفظا لضرورتهم ودفعاً للمفاسد عنهم .. وتسهيلاً لحياتهم .. فمن ضمن هذه المصالح التي يطلبها الإسلام أن يسعى الفرد المسلم لرزقه حفظاً لحياته ، وحياة أسرته ومجتمعه . فالتزام الصدق في المعاملات ، وحسن المطالبة ، وحسن الوفاء ، وما يدور حولها من التزامات عديدة .. كعدم جواز بيع الأعيان المحرمة ، وعدم استصناع الضار ، أو المحرم أو عدم الاجارة على معصية .. كل هذه الأمور تختلف تمام الاختلاف عنها في النظم التجارية الوضعية . فالنظم الوضعية تقوم على تحكيم المصلحة الخاصة والمنافسة .. وبالتالي الانطلاق في حرية استقلال الموارد البشرية .

لهذا كله .. سأحاول دراسة حكم التعامل بين الناس في العقود بصورة عامة وهل هي مباحة في الأصل أم محرمة إلا إذا دل دليل على غير ذلك .. وبما أن عقد الاستصناع عقد على معدوم .. فسأتناول حكم التعاقد على المعدوم .

### \* البحث الثالث : الاستصناع بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية :

مهما قلنا وتكلمنا عن مكانة الشريعة الإسلامية بالنسبة للنظم الوضعية فهو قليل وكيف نقارن ما جاء به الله وما وضعه البشر ؟ لا .. لا يمكن ذلك

---

(٢٠) انظر حاشية للدكتور/مصطفى كمال وعلى على الشرح المصغر للدكتور - جزء ٢ ص ٥ . وانظر أيضا بحركة الإسلام والراسخون ص ٨ وما بعدها .

ونحن متصرون جدا أمام هذا الموضوع والأمثلة على عظمة الشريعة الإسلامية كثيرة في مصادرهما . وأولها القرآن الكريم تلك المعجزة العظيمة التي أبهرت أبلغ العرب سابقا وأصحهم . فكيف بعرب اليوم ؟ وآخرها جهود المجتهدين .. الفقهاء منهم والمفسرين والمحدثين وغيرهم في دراسة الحياة الاقتصادية كانت أم اجتماعية أم ثقافية أم عسكرية .. وليس لدى في هذه العجالة إلا أن أذكر ماهو من مسلب موضوعي ( عقد الاستصناع ) .

أذكر من هذا .. أن الاستصناع درس دراسة مستفيضة في عصر العباسيين كعقد مستقل باسمه .. وبفضل جهود ذلك العالم المجتهد أبي حنيفة النعمان الذي توفي في النصف الأول من القرن الثاني للهجرة أي في أواخر القرن الثامن للميلاد .. وكانت الصناعة لم تصل يومها إلى ما وصلت إليه في عصر النهضة الصناعية المتأخرة في أوربا من تطور .

قال داغيد (٢١) يمكن أن ندهش أمام انتشار عقد الاستصناع من عدم وجود تنظيم لهذا العقد في التقنين المدني الفرنسي ، ولكن يعزى ذلك إلى أن أصحاب هذا التقنين في سنة ١٨٠٤م لم يكونوا يعرفون هذا العقد، نظرا لأن الصناعة والعقود الواردة في نطاقها المحلي كانت محدودة بحيث لم يظهر هذا النوع من العقود .

نعم في سنة ١٨٠٤ م كانت النظم الوضعية لاتزال قاصرة عن دراسة ذلك العقد الذي اهتم به الفقه الإسلامي اهتماما عظيما منذ القرن الثامن للميلاد .. أي قبل حوالي عشرة قرون كان عقد الاستصناع قد اهتم به فقهاء المسلمين .. فماذا نسمى هذا الاهتمام ، وماذا نسمى ذلك الإهمال .. أيها القارئ سم هذا الاهتمام وذلك الإهمال بما تسمى به .. قاله قادر على كل شيء وهو القائل : ( اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً ) (٢٢) ..

أنت تستطيع الإجابة عن هذا التساؤل بكل تأكيد .. انه عظمة الإسلام وكماله وصلاحه لكل وقت ومكان .

---

(٢١) رسالة الاستصناع — داغيد فرانسوا

Le Marché au facon - François David

رسالة للدكتوراه من باريس سنة ١٩٢٧ م ، ص ٤ .

(٢٢) سورة المائدة — آية ٣ .

## الفصل الثاني : مدى حرية المكلف في انشاء العقود

### \* تمهيد :

هل المكلف حر في انشاء ما يريد من العقود ؟ سواء منها ما هو متعلق بالمعاملات او بالأبضاع او بغيرهما .. أم أن حريته في هذا السبيل ليست مطلقة ينشئ ما يشاء من العقود ، بل هي حرية مقيدة بإذن الشارع الحكيم .

اختلفت آراء الفقهاء في هذا الموضوع .. وفيما يلي موجز من هذه الآراء تحقيقاً للفائدة واستطراداً لما هو مthem لرسالتى موضوع المناقشة.

### \* البحث الأول :

مجل الآراء حول الموضوع :

أن مجمل ما يمكن القول فيه في رأى الفقه الاسلامى في سلطة ارادة المكلف وحريتها في انشاء ما ترغب فيه من عقد يمكن حصره في رأيين مشهورين هما :

**الرأى الأول :** هو أن الأصل في العقود والشروط الاباحية الا ماورد عن الشارع الكريم نص بتحريمه .. وذهب الى ذلك فقهاء الحنفية ، والشافعية ، والمالكية ، وقال به ابن تيمية (١) .. وله في ذلك بيان واضح ايد فيه هذا الرأى بالدليل من الكتاب والسنة والمعقول ورد على من قال بعكس هذا الرأى ، وبين بطلانه ورجحان ما ذهب اليه وسيأتى الرد على ما فكره ابن تيمية في نسبته هذا الرأى لجمهور الفقهاء ان شاء الله .

**الرأى الثانى :** اما الرأى الثانى في هذا الموضوع فهو أن الأصل في العقود والشروط الحظر الا ماورد عن الشارع اباحته وقال بهذا الرأى الظاهرية كما نسب ابن تيمية القول به الى الحنفية **فقال :** وأصحاب هذا القول هم :

---

(١) ابن تيمية شيخ الاسلام أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي التمام الخضر النجاشي الحراني الدمشقي الحنبلي أبو العباس تقي الدين ابن تيمية - ولد في حران سنة ٦٦١ هـ - ملكت معتقلاً بظمة دمشق سنة ٧٢٨ هـ الاسلام للزركلى ج ١/ ١٤٠ .

(٢) انظر للقواعد النورانية ص ١٨٤ وما بعدها وراجع الاحكام في اصول الاحكام لابن حزم - جزء ٥ ص ٦ وراجع مجلة البحوث الاسلامية مجلد (١) عدد (٢) ص ٦٦ .



- ١ — أهل الظاهر .
- ٢ — كثير من أصول أبي حنيفة .
- ٣ — كثير من أصول الشافعي .
- ٤ — طائفة من أصول مالك وأحمد .

قال ابن حزم (٢) .. ان الأقوال في هذا الموضوع هما قولان ، وما عداهما فهو تخليط ومناقضات لا يستقر لقائلها على حقيقة (٤) .

وقال شيخ الاسلام ابن تيمية (٥) .. وأصحاب القول الأول بأن الأصل في العقود والشروط هو الجواز والصحة ، ولا يحرم منها ويبطل الا ما دلل الشرع على تحريمه وإبطاله نصا أو قياسا عند من يقول به ثم أبان أصحاب هذا القول والذي يقول هو به فقال (٦) .. : أصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجرى على هذا القول — ومالك قريب منه .

وقال ابن تيمية مبينا من يرى أن الأصل في انشاء العقود هو الحظر والمنع الا ماورد عن الشارع إباحته فأسند هذا القول للأطراف الأربعة السابقة الذكر .

### ✽ رأى الحنفية :

قال الزيلعي (٧) في باب الربا لا تسلم أن حرمة البيع أصل ، بل الأصل هو الحل والحرمة اذا ثبتت .. انها تثبت بالدليل الموجب لها .. وهذا لأن الأموال خلقت للابتذال .. فيكون باب تحصيلها مفتوح ، فيجوز كل تصرف فيها ما لم يقم الدليل على منعه بخلاف الفكاك بأن الملك فيه يرد على البضع .. وهو محرم فيناسبه التضييق أعزازا له بشرف الأدهى .

وقال الكاساني (٨) في باب الشركات .. أن هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجاتهم الى استنماء المسال .. وهذا النوع ( يقصد شركة العنان ) طريق صالح للاستنماء .. فكان مشروها .

(٣) ابن حزم — هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح

ولد بقرطبة من بلاد الأندلس سنة ٣٨٤ وكان شافعي المذهب فانتقل الى مذهب

أهل الظاهر توفي سنة ٤٥٦ هـ — الأملام للزركلي — جزء ٥ من ٥٩ .

(٤) الأحكام في أصول الأحكام — ج ٥ من ٦ وما بعدها — لابن حزم .

(٥) القواعد النورانية لابن تيمية من ١٨٤ وما بعدها .

(٦) نفس المصدر السابق .

(٧) تبين الحقائق للزيلعي — ج ٤ من ٨٧ .

(٨) بدائع الصنائع للكاساني — ج ٨ من ٢٥٨٨ .

وفي عقد المضاربة قال الكاساني (٩) .. ان الناس يحتاجون الى هذا العقد أى ( عقد المضاربة ) لأن الانسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدى الى التجارة ، وقد يهتدى الى التجارة لكنه لا مال له .. فكان في شرع ههنا العقد دفع الحاجتين والله تعالى مآشرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوائجهم .

فالعبارات السابقة تفيد ان فقهاء الحنفية يرون ان صحة التصرفات لا تنوقب على قيام الدليل الخاص الذى يدل على صحتها ، بل يكفى للحكم بصحتها ان تكون مشتملة على فائدة مقصودة ، وأن تكون محصلة للمصلحة مع انتفاء المسانع الشرعى من الصحة .

### ✽ رأى المالكية والشافعية :

نقل عن فقهاء المالكية والشافعية عبارات تفيد ان الاصل في الاعمال العبادية ( الاعمال التى ليست بعبادة ) هو الجواز والاباحة ، وانه لا يحرم شيء منها الا بدليل معين يدل على التحريم استنادا الى قوله تعالى : ( هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا ) ( ١٠ ) . .

وفي الام للشافعى ( ١١ ) .. ان اصل البيوع كلها مباح اذا كانت برضا المتبايعين الجائزى الأمر غيما تبايعا . الا ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها وما كان فى معنى ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرم باذنه داخل فى المنهى عنه .

وما غارق ذلك أبحناه بما وصفنا من اباحة البيع فى كتاب الله تعالى .

وذكر الشاطبى ( ١٢ ) .. ان القاعدة المستمرة بين العلماء هى التفرقة بين العبادات والمعاملات .. فالأصل فى الاولى الا يتقدم عليها المكلف الا باذن .. اذ لا مجال للمعقول فى اختراع التعبدات .. والأصل فى الثانية الاباحة حتى يدل الدليل على خلافه .

---

( ٩ ) نفس المصدر السابق .

( ١٠ ) البقرة آية ٢٩ .

( ١١ ) انظر الام للشافعى — ج ٣ — ص ٢ .

( ١٢ ) انظر المواضع للشاطبى — ج ١ — ص ٢٨١ — ٢٨٥ .

## \* رأى الحنابلة :

معظم كتب الحنابلة تشير الأصول الواردة فيها الى القول بأن الأصل في العقود الإباحة .. إلا ما نهى الشارع عنه .. وقد صرح بذلك شيخ الإسلام ابن تيمية فيها سبق (١٢) .

وبعد هذا البيان الموجز لأشهر رأيين في المسألة المذكورة ( مدى حرية المكلف في انشاء العقود ) أذكر فيما يلي موجزا لما استدل به أصحاب هذين القولين .

## \* المبحث الثاني :

أدلة القائلين بأن الأصل في العقود الإباحة إلا ماورد النص بتحريمه استدلل لهذا الرأي .. بالكتاب والسنة والمعقول على التفصيل الآتي :

١ - من الكتاب (١٤) :

أ - قال الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » (١٥) .

## \* وجه الدلالة :

وجه الدلالة من هذا النص هو أن الله سبحانه وتعالى أمر بالوفاء بالعقود وهذا عام .. وكذلك أمر الوفاء بعهد الله وبالعهد .. وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه بدليل قوله تعالى : ( ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل ) (١٦) .. فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه .. وإن لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد كالنذر والبيع .

(١٢) انظر الرسالة ص (٢٣) .

(١٤) انظر القواعد الفורائية / ١٨٤ وما بعدها ، انظر اعلام الموقعين لابن القيم

٢٨٤/١ بنفس المعنى .

(١٥) المسألة / ١ وقال الجصاص في هذه الآية في كتابه احكام القرآن ١٣٢/٣ ( فالزم كل عاقد الوفاء بما عقد على نفسه وذلك عقد قد عقده كل واحد منهما على نفسه فيلزمه الوفاء به . وقال أيضا في نفس المراجع ٢٨٦/٣ وما بعدها واقتضى أيضا الوفاء بعقود البياعات والاجازات والتكليفات وجبى ما يقتضيه اسم العقود .. فمضى اختلافنا في جواز عقد أو غساده وفي صحة نذر ولزومه صح الاحتجاج بقوله تعالى : ( أوفوا بالعقود ) لانتفاء عموم جواز جميعها من الكفالات والاجازات والبيوع وغيرها ... ولأن الآية لم تفرق في شيء منها .

(١٦) الأحزاب - ١٥ .

وينفس المعنى وردت عدة آيات في القرآن الكريم أكدت وحررت على وجوب وفاء الإنسان بما التزم به . ومنها :

١ — قوله تعالى : ( وبمهد الله أوفا ) ( ١٧ ) .

٢ — قوله تعالى : ( وأوفوا بالعهد أن العهد كان مسئولا ) ( ١٨ ) .

ب — قال الله تعالى : ( وما يضل به إلا الفاسقين . الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه . ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل ) ( ١٩ ) .

#### ✽ وجه الدلالة :

ووجه الدلالة في هذه الآية . . أن الله نهي الفاسقين لنقضهم العهد وقطع ما أمر الله بوصله . . لأن الواجب أما بالشرع ، وأما بالشرط الذي عقده المرء باختياره .

ج — كذلك يستدل من الكتاب على أن الأصل في العقود الإباحة بقوله تعالى : ( واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام ) ( ٢٠ ) .

#### ✽ وجه الدلالة :

قال الضحاك وغيره من المفسرين أن معنى قوله تعالى : ( تساءلون به والأرحام ) أي تتعاهدون ، وتتعاقدون وذلك لأن كل واحد من المتعاقدين يطلب من الآخر ما وجبه العقد من فعل أو ترك أو مال أو نفع ونحو ذلك .

د — قال الله تعالى : ( ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل لأيولون الأنيار ، وكان عهد الله مسئولا ) ( ٢١ ) .

ه — قال الله تعالى : ( وأحل الله البيع وحرم الربا ) ( ٢٢ )

وهذه الآية أرى أن فيها دلالة على مشروعية الاستصناع . . لأن الله أباح البيع بشروطه ، وحرم الربا . . وعقد الاستصناع لا يخلو عن كونه بيعا . . تعامل الناس به وهو بعيد عن الربا .

للـ

(١٧) الأنعام — ١٥٢

(١٨) الأسراء — ٣٤

(١٩) البقرة — ٢٦ ، ٢٧ .

(٢٠) النساء — ١ .

(٢١) الأحزاب — ١٥ .

(٢٢) البقرة — ٢٧٥ .

— وقال الله تعالى : ( يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض ) ( ٢٣ ) .

### \* وجه الدلالة في النصوص الأخيرة :

يؤخذ من النصوص الأخيرة من الكتاب الكريم أن الله سبحانه وتعالى جمع فيها أحكام الأسباب التي بين بني آدم المخلوقة كالرحم ، والمكسوبة كالعقود التي يدخل فيها الصهر وولاية مال اليتيم ونحو ذلك .. وكلهما تدعونا إلى الإيفاء بهذه الأسباب وعدم نكرانها .

قال الشافعي ( ٢٤ ) في الآيتين الأخريين أن الله ذكر البيع في غير موضع من كتابه بما يدل على إباحته فاحتمل أحلال الله عز وجل البيع **معنيين** :

**أحدهما** : أن يكون الله عز وجل أحل بيعا تبايعه المتبايعان جائزى الأمر فيها تبايعاه عن تراض منهما .. وهذا أظهر معانيه .

**ثانيهما** : أن يكون الله عز وجل أحل البيع إذا كان مما لم ينه عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم المبين عن الله عز وجل معنى ما أراد فيكون هذا من الجمل التي أحكم الله فرضها بكتابه الكريم وبين كيف هي على لسان نبيه .. أو من العام الذي أباحه إلا ما حرم على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم .. وما في معناه ... فاصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزى الأمر فيما تبايعا .. إلا ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها ، وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرم باذنه داخل في المعنى المنهى عنه وما غارق ذلك إباحته بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب الله تعالى .

قال الجصاص ( ٢٥ ) : عند الكلام عن آية ٢٩ من سورة النساء بأنها عموم في إطلاق سائر التجارات وإباحتها وهو كقوله تعالى : ( **وأحل الله البيع** ) في اقتضاء عموم سائر البيوع إلا ما خصه التحريم .. إلا أن اسم التجارة أعم من اسم البيع .. لأن اسم التجارة يعسم عقود الأجازات والهيئات الواقعة على الأعراض والبياعات .

( ٢٣ ) النساء — ٢٩ .

أما معنى الباطل فهو : ما لم يبيحه الشرع كالغصب والربا والقيار هذا ما نقله البيضاوى في تفسيره للقرآن من ١٢٠ .. وقال الجصاص : « ما أباحه الله تعالى وأحلّه فليس بباطل بل هو حق » أحكام القرآن للجصاص ١٢٨/٣ .

( ٢٤ ) الأم للشافعي — ج ٣ ص ٢ .

( ٢٥ ) أحكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ١٢٧ — ١٢١ .

## ٢ - من السنة :

ومن السنة .. استدلل أصحاب الراى الأول القائل باباحة المقسود  
الا مانص الشارع على تحريمها بما يلى :

أ - ما ورد فى صحيح مسلم عن عبد الله بن عمر - رضى الله  
عنهما - قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أربع من كن فيه  
كان منافقا خالصا ، ومن كانت فيه خلة منهن كانت فيه خلة من نفاق حتى  
يدعها . اذا حدث كذب ، واذا عاهد غدر ، واذا وعد اظف ، واذا خاصم  
فجر » (٢٦) ..

## \* وجه الدلالة :

وجه الدلالة فى الحديث المذكور اعلاه أن الرسول صلى الله عليه  
وسلم نهى المسلمين عن الغدر وعن عدم الوفاء بالعهد .. وهذا النهى  
يستلزم وجوب الوفاء او على الأقل اباحة الوفاء .. لان الاسلام لا يجبر  
الوفاء بشيء محرم .. فدل على جواز أن يوجب الانسان على نفسه  
شيئا ، وجواز وفائه به .

ب - وفى الصحيحين عن عقبه بن عامر عن النبى صلى الله عليه  
وسلم انه قال : « أن أحق الشروط أن توفى به : ما استحللتم به الفروج » (٢٧)

## \* وجه الدلالة :

دل هذا الحديث على استحقاق الشروط بالوفاء .. وان شروط  
النكاح أحق بالوفاء من غيرها .. وما جاء بالكتاب والسنة من الأمر بالوفاء  
بها وعلى جواز الشروط .. كل ذلك يدل على أن الأصل فى العقود والشروط  
هو الجواز ... واذا كان جنس الوفاء ، ورعاية العهد مأمورا به .. علم  
أن الأصل صحة العقود والشروط .

---

(٢٦) جاء فى لفظ ابن مسنيان - رضى الله عنه ( ... ) وان كانت فيه خصلة منهن كانت  
فيه خصلة من النفاق ) .. رواء مسلم - مختصر مسلم رقم الحديث - ٢٦ .  
(٢٧) رواء الخصة .. التاج التامع للأصول ، منصور على ناصف ج ٢ ص ٢٦٤ .  
وفى رواية أن أحق للشروط أن توفى به ... الحديث - غاية المأمول شرح التاج -  
نفس المصدر السابق .

## ٢ — الاعتبار :

وأما الاعتبار فهو من وجوه (٢٨) :

أ — أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية .. والأصل فيها عدم التحريم وقوله تعالى : ( وقد فصل لكم ما حرم عليكم ) (٢٩) عام في الأعيان والأفعال ، وإذا لم تكن حراما لم تكن غاسدة ، وكانت جائزة ومباحة .

ب — ليس في الشرع ما يدل على التحريم لجنس العقود والشروط الا ما ثبت تحريمه بعينه وأن انتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم .. فإذا حرمتنا العقود والشروط التي تجرى بين الناس في معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي كنا محرمين ما لم يحرمه الله .

ج — أن الأصل في العقود .. رضا المتعاقدين ، وموجبهما هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد .. لأن الله قال في كتابه العزيز : ( إلا أن تكون تجارة عن تراض ) (٣٠) .

وقال تعالى أيضا : ( فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا ) (٣١) فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه .. فدل على أنه سبب له . وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب .. فعدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم .

وإذا كان طيب النفس هو المبيع لا كل الصداق ، فكذاك سائر التبرعات هيأها عليه بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن .

وكذلك قوله تعالى : ( إلا أن تكون تجارة عن تراض مفسك ) (٣٢) لم يشترط في التجارة إلا التراضي ، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيع للتجارة ،

---

(٢٨) انظر القواعد النورانية / ٢٠٠ .

(٢٩) الأنعام — ١١٩ .

(٣٠) النساء — ٢٩ .

(٣١) النساء — ٤ .

(٣٢) النساء — ٢٩ .

وإذا كان كذلك فعندما يتراضى المتعاقدان بتجارة أو تطيب نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بالقرآن ولم يتضمن ما حرمه الله ورسوله صلى الله عليه وسلم كالتجارة على الخمر ونحو ذلك يكون متعاقدا عليه جائز ومباح ..

### ✽ المبحث الثالث :

أدلة أصحاب الراى الثانى القائل بأن الاصل فى العقود الحظر الا ماورد النص بإباحته .

استدل أصحاب الراى القائل بأن الاصل فى العقود الحظر الا بنص بالكتاب والسنة والمعقول .

#### ١ — الكتاب :

ومن الكتاب استدلوا بما يلى (٣٣) :

أ — قال الله تعالى : ( اليوم اكملت لكم دينكم ) (٣٤) .

ب — وقال تعالى : ( ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ) (٣٥)

ج — وقال تعالى : ( ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله نارا خالدا فيها ) (٣٦) .

#### ٢ — السنة :

ومن السنة استدلوا بما روته عائشة — أم المؤمنين — رضى الله عنها — قالت : « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب عشية فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ، ثم قال : أما بعد فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله ، ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل .. ولو كان مائة شرط ، كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق » (٣٧) .

### ✽ وجه الدلالة من النصوص السابقة :

يستدل من الآيات السابقة والحديث السابق على أنها براهين قاطعة فى ابطال كل عهد وكل عقد وكل وعد وكل شرط ليس فى كتاب الله الأمر به

---

(٣٣) الأحكام فى أصول الأحكام ٢/٥ — . فى الباب الثالث والعشرين .. وقد ثل الدكتور الصديق الغريز فى كتابه الثمر من ١٣ ( ولم أر أحدا من الفقهاء قال بهذا الراى صراحة غير ابن حزم ) .

(٣٤) المسائدة — ٣

(٣٥) البقرة — ٢٢٩ .

(٣٦) النساء — ١٤ .

(٣٧) رواء البخارى وبيه بلفظ آخر عن عائشة أنها قالت ... قام النبى صلى الله عليه وسلم من العشي فأثنى على الله بما هو أهله ثم قال : ما بال أقوام يشترطون شروطا ليس فى كتاب الله من اشترط شروطا ليس فى كتاب الله فهو باطل .. وإن اشترط مائة شرط ، شرط الله أحق وأوثق .. فتح البارى ٢/٣٦٩ . ط السلفية .



أو النص على إباحة عقده .. لأن العقود والعهود والأوعاد شروط واسم الشرط يقع على جميع ذلك

### ٣ - المعقول (٢٨) :

ومن المعقول قال ابن حزم : يقال لمن أوجب الوفاء بعقد أو عهد أو شرط أو وعد ... أما أن يكون في نص القرآن أو السنة إيجابه وإنفاذه .. فإن كان ذلك .. فنحن لانتخلفكم في إنفاذ ذلك وإيجابه .

وأما أن يكون ليس في نص القرآن ولا في السنة إيجابه ولا إنفاذه .. فنفى هذا اختلفنا .. فإن كان هكذا فإنه ضرورة لا ينفك من أحد أربعة أوجه لا خامس لها أصلا .. وهي كما يلي :

١ - أما أن يكون العاقد التزم بعقده أو بشرطه إباحة ما حرمه الله .

ب - أما أن يلتزم بعقده أو بشرطه تحريم ما حله الله .

ج - أما أن يلتزم العاقد استقاط ما أوجبه الله .

د - أما أن يوجب العاقد على نفسه بعقده ما لم يوجبه الله عليه .

فكل وجه من هذه الوجوه لا يجوز .

### رد ابن حزم على المخالفين :

ورد ابن حزم حجة أصحاب القول الأول بأن الآيات والاحاديث ليست على عمومها ، ولكنها في بعض العهود والعقود والشروط .. وهي ما جاء القرآن والسنة بالالتزام به فقط .

ومما قاله من الردود .. أن الآيات التي تأمر بالوفاء بالعهد حجة لنا لأعلينا .. لأن العهد جاء فيها مضافا إلى الله ( ويعهد الله أوفوا ) ولا يضاف إلى الله إلا ما أمر به لا ما نهى عنه .

وأما الأحاديث التي تجعل اخلاف الوعد خصلة من خصال النفاق .. فالمراد بالوعد غيرها ما افترض الله الوفاء به .. والزم عمله .. كالديون الواجبة والأمانات الواجب أداؤها .

---

(٢٨) الاحكام في اصول الاحكام ٦/٥ وما بعدها ، لابن حزم .

## ❖ المبحث الرابع :

### ❖ خلاصة رأى ابن حزم ومناقشته :

يرى ابن حزم (٢٦) .. انه لمسا قام البرهان بكل ماذكر وجب ان كل عقد أو شرط أو عهد ، أو نذر التزمه المرء غانه ساقط مردود ولايلزمه منه شيء اسلا .. الا أن يأتى نص أو اجماع بذلك لزمه والا فلا ، والأصل براءة الذمم من لزوم جميع الأشياء الا ماألزمتنا آياه نص أو لجماع . فان حكم حاكم بخلاف ماذكر فمسخ حكمه ورد بأمر النبي صلى الله عليه وسلم القتال ( من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد ) (٤٠) .

### رد ابن تيمية ما استدلل به ابن حزم :

أساس ما استدلل به ابن حزم من السنة على منع اباحة العقود الا بنص وهو ما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم انه قال : « ما بال اقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله .. ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ..... الحديث » .

وقد رد على ذلك ابن تيمية فقال (٤١) : ( بأن المشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ولا يحرم ما أباحه الله .. فان شرطه حينئذ يكون مبطلا لحكم الله .... بل كل ما كان حراما بدون شرط .. فالشرط لا يبيحه كالسرا ، والوطء في ملك الغير ..... فان الله حرم الوطء الا بملك النكاح أو ملك اليمين .. فلو اراد رجل أن يعير أمته لآخر للوطء لم يجز له ذلك ، بخلاف اعارتها للخدمة غانه جائز .... وأما ما كان مباحا بدون الشرط ، فالشرط يوجب كالتزادة في المهر والتمن .... فالرجل له أن يعطي المرأة .. فإذا اشترطه صار واجبا . ا . ه .

وقال ابن تيمية (٤٢) .. انه يرد على ابن حزم في هذا الموضوع بانه قد يكون المراد بالحديث ما ليس في كتاب الله اباحته لايخصوص ولا بعموم .. لأن ما دل الكتاب على اباحته بعمومه فهو من كتاب الله .. نظير ذلك قوله تعالى : ( ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء ) (٧٧) .. وقوله تعالى :

(٢٦) الأحكام لابن حزم ج ٥ ص ٦ وما بعدها .

(٤٠) رواه مسلم - مختصر صحيح مسلم ١٢٢٧ .

(٤١) القواعد النورانية لابن تيمية ص ١٨٤ وما بعدها .

(٤٢) نظرية الغير للفرير ص ١٧ .

(٤٣) سورة النحل - ٨١ .

( ما فرطنا في الكتاب من شيء ) (٤٤) فإن القرآن لم يشتمل على بيان كل الأشياء بخصوصها . وإنما اشتمل على بيان بعضها بخصوصها وعلى سائرها بعمومها .

فكل شرط دل دليل خاص أو عام على منعه لايجوز اشتراطه ، وكل شرط دل دليل خاص أو عام على إباحته جاز اشتراطه .

ومن الأدلة العامة على الإباحة قوله تعالى : ( ياأيها الذين آمنوا أوفوا

بالمعقود ) .

✽ رد ابن تيمية الدليل العقلي الذي استدل به ابن حزم :

رد ابن تيمية ما أورده ابن حزم من دليل عقلي على أن إيجاب الوفاء بالمعقد أو الشرط لا يكون إلا من الزام الشارع لنا ، والا يكون مخالفة للشرع .

يقال له (٤٥) . . هذا قول مقبول بالنسبة للعبادات ، لأن الأصل فيها التوقيف أي لا يثبت الأمر بها إلا من الشارع . . وغير مقبول بالنسبة للعبادات وهي ما يحتاجه الناس في دنياهم . . لأننا لو منعنا الناس من المعقود والشروط إلا ماورد به نص خاص لاوقعناهم في الحرج المرفوع شرعا . . إذ قد يحتاجون إلى عقد لم يرد به نص خاص .

ثم إنه ليس في الزام المرء نفسه بمعقد أو شرط تغيير لما شرعه الله . . إلا إذا كان يلتزم به المرء مما منعه الشارع . . بأن كان شيء تحليل للحرام أو تحريم للحلال .

فالمعقود والشروط التي يلتزم بها المرء توجب ماكان مباحا بدونها عملا بقوله تعالى : ( أوفوا بالمعقود ) ، ولا تحرم ماكان حلالا . . أو تحلل ماكان حراما .

✽ كلمة لابد منها :

ينسب ابن تيمية منع إنشاء المعقود إلا مانص عليه الشارع إلى الكثير من فقهاء الحنفية ، والشافعية . . لكن الواقع من تتبعي لمساكنة فقهاء هذين المذهبين أجد أن الراجح عندهما هو العكس .

(٤٤) سورة الأنعام — ٤٨ .

(٤٥) القواعد النورانية — ١٩٦ — ٢١٠ .

فما نقلناه من الامام الجصاص وهو الفقيه الحنفى الكبير في تفسيره لقوله تعالى : ( يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ) مما يفيد ان رأى الحنفية هو النص على اباحة انشاء العقود الا ماورد نص يحظر انشائه (٤٦) . ومما نقل عن الزيلعى وهو فقيه حنفى لامع مايفيد أن الأصل في العقود الإباحة فقد جاء بكتابه التبيين .. في مقام الرد على تعطيل الشافعية تحريم الربا في الاشياء الستة المنصوص عليها بالطعم : لا نسلم أن حرمة البيع أصل بل الأصل الحل .. والحرمة اذا ثبتت انما تثبت بالدليل الموجب لها . وهذا لان الأموال انما خلقت للابتدال .. فيكون باب تحصيلها مفتوحا فيجوز كل تصرف فيها مالم يقم الدليل على منعه بخلاف النكاح .. لان الملك فيه يرد على البضغ .. وهو محرم .. فيناسبه التضييق .. وهذا يدل على أن الأصل هو صحة التصرفات المتعلقة بالأموال بخلاف التصرفات المتعلقة بالابضاع للفرق بين محل الأولى ومحل الثانية (٤٧) .

ومن ذلك ماقاله الكاسانى في البدائع (٤٨) عند الكلام على مشروعية شركة العنان وحاصله أن هذه العقود شرعت لمصالح العباد وحاجتهم الى استئناء المسال متحققة .

وهذا النوع طريق صالح للاستئناء فكان مشروعاً .

ويقول ايضا عند الكلام عن مشروعية عقد المضاربة (٤٩) .. أن الناس يحتاجون الى عقد المضاربة لأن الانسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدى الى التجارة وقد يهتدى الى التجارة لكنه لا مال له .. فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجتين .. والله تعالى مآثرع العقود الا لمصالح العباد ودفع حوائجهم .

فهذه العبارات ونحوها صريحة في أن صحة التصرفات عند الحنفية لا تتوقف على قيام الدليل الخاص الذى يدل على صحتها .. بل يكفى للحكم لصحتها أن تكون مشتملة على فائدة مقصودة .. ومحصلة للمصلحة، مع انتفاء المسانع الشرعية من الصحة .

ولو كان مذهبهم في العقود كما قال ابن تيمية لما صح منهم الاعتماد في صحة عقد المفاوضة .. وقد خالفهم فيها بعض الفقهاء كالامام الشافعى،

(٤٦) راجع ما نقلناه من الجصاص في ص ١٧ بالهامشية .

(٤٧) انظر تبيين الحقائق ٨٧/٤ .

(٤٨) انظر البدائع ٢٥٧٦/٧ وما بعدها .

(٤٩) نفس المصدر السابق ٢٥٨٨/٨ .

ومالك في رواية على مجرد تحقق الفائدة في هذا العقد مع انتفاء المسانع الشرعى من صحته وجوازه ، بل كان اللازم في مثل هذا المقام أن يأتوا بدليل معين من نص أو إجماع أو قياس يثبت هذه المشروعية ويفيدها .

وهناك ما يدل على أن الشافعية والمالكية أيضا يسلكون هذا الطريق الذى سلكه الحنفية .. فقد قرر علماء الأصول أن الجمهور من الحنفية والشافعية والمالكية — بل قد نقل بعضهم الإجماع كالتنوى — على أن الأصل فى الأفعال العادية — ( وهى مالىست بعبادة ) — هو الإباحة والجواز . وأنه لا يحرم شيء منها إلا بدليل معين يدل على التحريم .. استنادا الى قوله تعالى : ( خلق لكم مافى الأرض جميعا ) (٥٠) . .

وغيره من الأدلة المثبتة بهذا الأصل .

فقد ذكره الإمام الشافعى فى كتابه ( الأم ) والشاطبى فى ( الموافقات ) وهو ما ذكرناه سابقا .

وليس بعد هذا صراحة فى اثبات أن الشافعية والمالكية يجعلون إباحة العقود هى الأصل ، وأن الحكم بفساد شيء منها هو الذى يتوقف على الدليل الخاص الذى يدل على ذلك .

وإمام هذه النقول الدالة على اتجاه هؤلاء الأئمة فى مسألة العقود لا يسعنا أن نوافق ابن تيمية فيما نسبته اليهم من القول بأن الأصل فى العقود عندهم الحظر إلا ما قام الدليل المعين على إباحته وجوازه .

ولقد أنصف ابن القيم عندما قال (٥١) فى هذه المسألة ( مسألة الأصل فى العقود (٥٢) أن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلها على البطلان خطأ ما لم يتم عندهم دليل على دعواهم .. وجمهور الفقهاء على خلاف هذا الاعتقاد إذ يرون أن الأصل فى العقود والشروط الصحة إلا ما بطله الشارع أو نهى عنه .. وهذا القول هو الصحيح .... فكل شرط ومقد ومعاملة سكنت عنها الله تعالى فإنه لا يجوز القول بتحريمها .. فإن سكنت منها رحمة منه من غير نسيان وإهمال لمسكوتة رحمة فكيف وقد صرحت النصوص بأنها على الإباحة فيما عدا ما حرمه .

---

(٥٠) البقرة — ٢٩ .

(٥١) أعلام المؤمنين لابن القيم ٢٨٤/١ .

(٥٢) انظر فى هذا كله نظرية الشروط المقرنة بالعقد — لركى الدين شعبان ص ١٩ — ٢٠ .

## \* البحث الخامس :

### \* رأى النظام الوضعى فى مدى حرية المكلف فى انشاء العقود :

أخذ النظام الوضعى فى رأى الشريعة الاسلامية المبيح للعقود والشروط بشرطه الا تكون مخالفة لنص شرعى او أن يكون الشارع قد نهى عنها .. وقد صاغ غتفاء النظام الوضعى هذا الرأى تحت عنوان مبدأ « سلطان الإرادة » . ولتوضيح ذلك نقول :

مبدأ سلطان الإرادة فى النظام الوضعى كان ضعيف المكانة لهما قبل القرن الثانى عشر الميلادى .. أما فى نهاية القرن ( ١٨ للميلاد ) فقد أخذ يقوى حتى أخذ به اثناء عصر نابليون .. ومن ثم أخذ به القانون المدنى المصرى ..

فالمعقد فى النظام الوضعى شريعة المتعاقدين لايحوز الغاؤه متى تم الرضا .. ويمكن أن يتم الالفاء برضاها أيضا أو للأسباب التى يقررها القانون .

جاء فى المادة ( ١٤٧ ) فى الفقرة الأولى (٥٢) (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون ) .. فعلى هذا .. يكون الاصل فى القانون أن ارادة كل من المتعاقدين حرة فى انشاء العقد غير مقيدة الا بالنظام العام والآداب (٥٤) .

عازا ماخالف النظام العام أو الآداب يكون باطلا .. سواء ورد نص قانونى خاص بتحريم ذلك العقد أم لم يرد .. فالواضح من هذا أن مايراه القانون الوضعى فى حرية المتعاقدين فى التعاقد متوافق مع مايراه الفقه الاسلامى .. الا أنه يجب الانتباه الى غارق هام .. وهو أن الاحكام القانونية التى تخرج عن دائرة النظام العام والآداب ، كلها احكام مقرررة ، مفسرة لارادة المتعاقدين وليست احكاما آمرة .. لهذا يجوز أن يتفق المتعاقدان على خلافها ويكون اتفاقها هذا مقدما على احكام القانون .. فيصير صحيحا باتفاق المتعاقدين مانص فى القانون على بطلانه فى حالة عدم الاتفاق على خلافة .

(٥٢) القانون المدنى المصرى - م/١٤٧ .

(٥٤) جاء فى المادة (١٣٥) من المدنى المصرى ( اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا ) .. وهى مؤيدة لهذا القول .

أما في الفقه الاسلامي .. فان كل عقد نص الشارع على بطلانه  
لا يمكن ان ينقلب صحيحا باتفاق المتعاقدين .. فالشروط التي يشترطها  
الفقهاء لصحة العقد اذا تخلف شرط منها كان العقد غير صحيح ولو رضى  
المتعاقدان بتخلفه .

#### ✽ المبحث السادس :

#### ✽ الخلاصة مع الترجيح :

ان النظام الوضعي قد اخذ من الشريعة الاسلامية بجزء من هذا  
الموضوع وهو حرية الارادة في انشاء العقود الا مانهى الشارع عنه ،  
وخالف الشريعة في شق آخر وهو انه بارادة المتعاقدين يجوز لهما التعاقد  
على ما يخالف القانون وهذا لايجوز ولايصح في الفقه الاسلامي .  
يقول السنهوري (هـ) .. « ما ذكره الفقهاء المسلمون من العقود  
المسماة انما هي العقود التي يغلب أن يقع بها التعامل في زمته .. فاذا  
استحدثت الحضارة عقودا أخرى توافرت فيها الشروط المقررة فيها ..  
كانت عقودا مشروعة . وعلى هذه السياسة الشرعية جرى التقنين  
المدني العراقي حيث جاء في المادة ( ٧٥ ) « يصح أن يرد العقد على أي  
شيء مالا يكون الالتزام به ممنوعا بالقانون أو مخالفسا للنظام العام  
أو الآداب » .

على ان دائرة النظام في الفقه الاسلامي اوسع منها في الفقه الغربي  
مختبر عقود الربوية ، وتحريم عقود الغرر يوسعان كثيرا من هذه  
الدائرة في الفقه الاسلامي .. فالأصل اذن في الفقه الاسلامي هو حرية  
التعاقد في حدود النظام العام .. الا ان كثرة القواعد التي تعتبر من النظام  
العام تضيق من هذه الحرية .

#### ✽ الرأي الراجح :

الذي أرجحه واختاره بالعمل والفتوى هو مايراه جمهور الفقهاء وما  
صرح به الامام ابن تيمية — رحمه الله (هـ) من أن الأصل في العقود الاباحة  
وذلك للأسباب التالية :

- ١ — الأدلة الواردة على هذا الأمر لم تفتقد ، ولم يقدح في دلالتها .  
مقاله أصحاب الرأي الثاني ، وما ساقوه من أدلة .

(هـ) السنهوري في مصادر الحق ١/ ٨١ .

(هـ) انظر تراز هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية في مجلة البحوث الاسلامية

مجلد ( ١ ) عدد ( ٢ ) ص ١٤٠ — ١٤١

٢ - اذا لاحظنا أن الشارع ينص في عموماته على التيسر على الناس .. وأن هذا الدين يسر لا عسر فيه .. قال الله تعالى : **« وما جعل عليكم في الدين من حرج (٥٧) »** .. فهذا وغيره يقتضي أن تطلق جرية المكلف في أن ينشئ من عهد ووعد والتزام طالما ما انشأه وينشئه لا يخالف نصا صريحا من كتاب أو سنة وهذا يتفق مع قوله تعالى : **« فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه (٥٨) »** ..



---

(٥٧) الحج ٧٨ .  
(٥٨) الملك ١٥ .



## \* الفصل الثالث :

### \* التعاقد على المعدوم :

#### التمهيد :

لما كان عقد الاستصناع قائما على أساس التعامل بشيء غير موجود وقت التعاقد اذ ان المال المستصنع غير موجود بصفته المطلوبة ..

لذا .. كان من الواجب اتماها للبحث ، واكمالا لموضوع الرسالة ان اورد نبذة عن بيع المعدوم في نظر الفقه الاسلامي ، والنظام الوضعي ..

### \* البحث الاول :

#### حكم بيع المعدوم عند الفقهاء :

لم يفرّد فقهاء المذاهب الاسلامية لبيع المعدوم بحثا خاصا به .. بل انتشرت مسائله في ثنايا المباحث التي تطرقوا اليها عند بيان احكام المعاملات . وخاصة عند الكلام عن شروط الانعقاد .. وظهر ذلك في كلامهم عن الشرط الخاص بضرورة وجود المبيع وقت العقد .. وكذا في اشتراط كون المبيع معلوما (١) .. وتفصيل ذلك فيما يلي :

عند الكلام عن شروط انعقاد البيع قال الكاساني (٢) .. وأما الذي يرجع الى المعقود عليه فائسواغ : منها : ان يكون موجودا فلا ينعقد بيع المعدوم ، وما له خطر العدم .. كبيع نتاج النخلة بان قال بعت ولدا هذه الناقة ، وكذا بيع الحمل .. لانه ان باع الولد فهو بيع المعدوم ، وان باع الحمل فله خطر العدم .

وقال ابن قدامة (٣) .. يجب ان يكون المبيع معلوما برؤية او صفة تحصل بها معرفة المبيع .. ثم مثل لبيع المعدوم فقال : ان بيع حبس الحبل ( نتاج النخلة ) فاسد لانه بيع المعدوم ..

واشترط الشافعي ايضا .. ان يكون المبيع موجودا لامعدوما .. قال النووي (٤) وبيع المعدوم باطل بالاجماع .

---

(١) الشرح الكبير مع المغنى ٢/٤ .

(٢) البدائع ٢٩٦/٦ .

(٣) الشرح الكبير ٢/٤ .

(٤) المجموع شرح المذهب ٢٨٠/٦ .

## ✽ المبحث الثانى :

### ✽ علة منع بيع المعدم عند الفقهاء ومناقشتها :

يتضح من ذلك كله .. ان كلمة الفقهاء متفقة على ضرورة ان يكون المبيع موجودا ، وان بيع المعدم فى اغلب صورته لا يصح .. ويستشف من تعطيلهم بمنع بيع المعدم ما يلى :

١ — انه بيع غرر ... والغرر يؤدى الى المخازعة ، وعدم استقرار التعامل ولهذا ورد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر للحديث المروى عن أبى هريرة — رضى الله عنه — انه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة ، وعن بيع الغرر » (٥)

✽ قال الشيرازى فى باب ما نهى عنه من بيع الغرر وغيره .. لا يجوز بيع المعدم كالثمرة التى لم تخلق لما روى أبو هريرة — رضى الله عنه — أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر .. والغرر ما انطوى منه أمره وخفيت عليه عاقبته .. والمعدم انطوى امره وخفيت عليه عاقبته فلم يجز بيعه (٦) .

✽ وقال الشوكانى .. ( ومن جملة بيع الغرر : بيع السمك فى الماء .. . والمعدم (٧) ) .

### الرد على ذلك :

ويرد على ذلك بأنه ليس فى هذا الدليل (٨) ما يفيد أن بيع المعدم لا يجوز على الإطلاق .. فهو يفيد أن بيع المعدم الذى غبه غرر لا يجوز .. كما فى المثال الذى ذكره الشيرازى ، ولا يفيد أن كل معدم لا يجوز بيعه ، من المعدم مالا غرر فى بيعه لأنه لا تخفى علينا عاقبته وذلك كما فى بيع الأشياء المعدومة وقت العقد ، ولكنها محققة الوجود فى المستقبل (٩) بحسب العادة كما فى السلم والاستصناع .

(٥) رواه مسلم وفى لفظ من أبى هريرة — رضى الله عنه — ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة ، وعن بيع الغرر .. كما فى مفتى الألبان مع نيل الأوطار ١٦٦/٥ . رواه الجماعة الا البخارى . انظر مختصر صحيح مسلم — حديث . رقم ٣٣٩ .

(٦) المهذب للشيرازى ٢٦٢/١

(٧) انظر نيل الأوطار ١٦٧/٥

(٨) نظرية الغرر للضريح ٣٥٥

(٩) مصادر الحق للسنهورى ٢١/٣

## \* التعليل الثانى لسبب المنع :

٢ — اما التعليل الثانى لسبب منع بيع المعدوم فهو لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع المعاوم عن جابر رضي الله عنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والزابنة والمعاومة والمخابرة » . وفى لفظ بدل المعاومة ( عن بيع السنين (١٠) .

### وجه الاستدلال :

ويستدل بهذا الحديث بما قال الشيرازى (١١) .. والمعدوم من المعاومة وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المعاومة وبيع السنين .

### الرد على هذا الاستدلال :

الدليل المذكور لا يفيد المدعى لأنه يفيد النهى عن بعض افراد المعدوم وهو بيع الثمر سنين ، والنهى عن بيع افراد الشيء لا يدل على النهى عن سائرهما لأن النهى عن ذلك الفرد قد يكون بمعنى انفراد به لا يتحقق فى غيره من الافراد كما فى النهى عن بيع السنين .. فان سبب النهى منه الفرر الناشئ عن الجهل بوجوده فى المستقبل لاكونه معدوما ..

## التعليل الثالث لسبب المنع :

٣ — ومما استدلل به على منع بيع المعدوم أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ماليس عند الانسان .. فقد ورد عن حكيم ابن حزام أنه قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يأتينى الرجل يسألنى عن البيع ماليس عندى .. أبتاع له من السوق ثم أبيععه .. قال : « لا تبع ماليس عندك » (١٢) ..

---

(١٠) هذا الحديث يعلق عليه انظم منتقى الاخبار مع نيل الاوطار

١ — المحاقلة : هى بيع المثل بكيل من الطعام معلوم .

ب — الزابنة : هى بيع النخل بأوساق من القبر .

ج — المعاومة : هى بيع الشجر اعواما كثيرة .

د — المخابرة : هى العمل على الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل .

(١١) المهذب ١/٢٦٢ .

(١٢) رواه الترمذى وفى لفظ آخر عن حكيم بن حزام قال : نهانى رسول الله صلى الله

عليه وسلم أن أبيع ما ليس عندى .. قال أبو عيسى : وهذا حديث حسن ..

عززه الأحوذى بفتح صحيح الترمذى ٢٤١/٥ .

وهذا النهى للوجوب عند المالكية (١٣) .. ويدخل في المنهى عنه في هذا الحديث أشياء كثيرة كبيع الأبق ، وبيع مالم يقبض وبيع مال الغير ، ويستثنى منه السلم بالشرائط المعتبرة فيه .. وكذا بيع مال الغير جائز موقوفا عند الأئمة الثلاثة .. عسدا الشافعي فإنه لايجوز (١٤) ..

ووجه الاستدلال عندهم (١٥) أن المبيع يتعين فلا يصح معدوما .. لنهي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان إلا في السلم لترخيصه صلى الله عليه وسلم ولضبطه بالوصف .. والا في ذمة مشتريه إذا هو كالمقبوض .

استدل بهذا الحديث على عدم صحة بيع المعدوم لأن النهى منصب على عدم جواز بيع ما ليس عند الإنسان .. وهذا يعنى أنه قد نهى عن بيع ما هو معدوم وليس موجودا عند الإنسان ثم يذهب الى السوق ويشترىه ليسلمه للشخص الذى باعه له (١٦) ..

#### الرد على هذا الدليل :

أن قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ما ليس عندك » تعنى (١٧) ما ليس مملوكا للبائع .. ولا يدخل فيها المعدوم ولا المملوك الغائب عن مجلس العقد ولا الأشياء المباحة ذلك ما تدل عليه قصة الحديث فقد روى (١٨) أن حكيم بن حزام كان يبيع الناس أشياء لا يملكها .. ويأخذ الثمن منهم .. ثم يدخل السوق فيشتري الأشياء ويسلمها لهم .. فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « لا تبيع ما ليس عندك » ولأن بيع ما ليس عند الإنسان بطريق الأصالة عن نفسه تملك ما لا يملكه بطريق الأصالة عن نفسه وقت العقد .. على أن يمضى الى السوق فيشتريه ويسلمه للمشتري .

قال شمس الدين بن قدامة (١٩) : لايجوز بيع ما لا يملكه ليضى فيشتريه ويسلمه رواية واحدة وهو قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا .

(١٣) نفس المصدر السابق .

(١٤) التعليق المحمود على سنن أبي داود ٢/٤٩٥

(١٥) انظر نظرية الفرع للفرير ٢١٨ - ٢١٩ .

(١٦) نفس المصدر السابق - ٢١٨ - ٢١٩ ، ٢٥٦ .

(١٧) البدائع ٦/٤٠١٤

(١٨) نفس المصدر السابق .

(١٩) الفرع الكبير مع المفتى ١٩/٤

قول مانقندم (٢٠) على أن عدم جواز بيع ماليس عند البائع .. خاص  
فيما كان فيه البيع حالا كما يستفاد من قصة الحديث السابق الذكر ..  
ولأن هذه هي الحالة التي يتصور فيها النزاع .

أما لو تم البيع على أن يسلم البائع المبيع بعد مدة من الزمن فإن هذا  
ينطبق عليه حكم تأجيل قبض المبيع ، ولا يدخل تحت بيع المعدوم حالا .  
وربما يقال : إذا لم يجز بيع الموجود غير المملوك .. فمن باب أولى  
لايجوز بيع المعدوم لأنه غير مملوك حتما .

### الجواب :

ويجاب عن هذا القول بأنه منطوق سليم .. لكن يجب أن يقيد عدم  
جواز بيع المعدوم بما قيد به بيع ماليس عندك وهو كون البيع وقع على  
أن يسلم المبيع في الحال .. فإنه مع هذا القيد لا يختلف اثنان في أن بيع  
المعدوم لايجوز (٢١) لأن فيه غرر .. فغلة المنع موجودة في هذه الحالة ..  
وبذلك كان بيع المعدوم ليس ممنوعا في كل الأحوال بل في حالة واحدة  
هي نشوء غرر في بيعه .

### \* البحث الثالث :

#### \* رأى ابن القيم في بيع المعدوم :

يرى ابن القيم (٢٢) بأن بيع المعدوم جائز إذا لم يكن فيه غرر وعزا هذا  
الرأى الى عدم ورود دليل من الكتاب ولا من السنة ولا من ائمة الصحابة على  
أن بيع المعدوم لايجوز .. لايعموم لفظ ، ولا عموم معنى .

وانما ورد النهى عن بيع الأشياء التي هي معدومة كما ورد النهى عن  
بيع بعض الأشياء الموجودة .. وإلى أن الشارع أورد نصا بجواز بعض  
المعدوم كببيع الثمر بعد بدو صلاحه مستحق الإبقاء الى كمال الصلاح ..

---

(٢٠) انظر نظرية الغرر ص ٢٢٠

(٢١) انظر نظرية الغرر للضريح ٣١٨ - ٣١٩ .

(٢٢) ابن القيم : هو محمد بن أبى بكر بن سعد بن حريز الزرعي ثم الدمشقي الملقب  
بشيس الدين المعروف بابن القيم الجوزية - ولد سنة ٦٩١ هـ - تولى على  
ابن تيمية ، وتوفي سنة ٧٥١ هـ - الأملام للزركلي ٧٨١/١ ، الدرر الكامنة ٢/٢٠٠

والخطر هو للفرر لالعدم .. كما جاء في اعلام الموقعين (٢٢) مانصه :  
« اما المقدمة الثانية وهى أن بيع المعدوم لايجوز .. فالكلام عليها من  
وجهين ..

**أحدهما :** منع صحة هذه المقدمة اذ ليس في كتاب الله ولا في سنة  
رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا في كلام احد من الصحابة أن يبيع  
المعدوم لايجوز لابلغظ عام ولا بمعنى عام .. وانما في السنة النهى عن  
بيع بعض الاشياء التى هى معدومة كما نهيها النهى عن بعض الاشياء  
الموجودة .. فليست العلة في المنع لالعدم ، ولا الوجود بل الذى وردت  
به السنة النهى عن بيع الفرر .. وهو ما لا يقدر على تسليمه سواء كان  
موجودا او معدوما كبيع العبد الابق ، والبعر الشارد ، وان كان موجودا ..  
اذ موجب البيع تسليم المبيع .. فاذا كان البائع عاجزا عن تسليمه فهو  
فرر ومخاطرة وقمار فانه لا يبيع الا بوكس .. فان أمكن المشتري تسليمه ..  
كان قد قهر البائع .. وان لم يمكنه ذلك قهره البائع وهكذا المعدوم الذى  
هو فرر نهى عنه للفرر لالعدم كما اذا باعه ماتحمل هذه الامة .. او  
هذه الشجرة .. فالمبيع لا يعرف وجوده ولا قدره ، ولا صفته .. وهذا من  
الميسر الذى حرمه الله ورسوله .. ونظير هذا في الاجارة أن يكريه دابة  
لا يقدر على تسليمها سواء كانت موجودة او معدومة .. وكذلك في النكاح  
اذا زوجه أمة لا يملكها او ابنة لم تولد له .. وكذلك سائر عقود المعاوضات  
بخلاف الوصية فانها تبرع محض فلا فرر في تعلقها بالوجود والمعدوم ،  
وما يقدر على تسليمه اليه وما لا يقدر .

**ثانيهما :** « أن نقول : بأن الشرع صحح بيع المعدوم في بعض  
المواضع ، فانه اجاز بيع الثمر بعد بدو صلاحه .. والحب بعد اشتداده ،  
ومعلوم أن المقتد انما ورد على الموجود ، والمعدوم الذى لم يخلق بعد ..  
والنبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعه قبل بدو صلاحه وأباحه بعد  
بدو الصلاح (٢٤) .

---

(٢٢) الجزء الاول / ٤٦٢ — ٤٦٣

(٢٤) يقصد حديث النبي صلى الله عليه وسلم الذى ورد بعدة الفاظ منها ( من ابن  
مير أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها نهى البائع  
والمتاع ) .. ورواه الجماعة الا الترمذى .. معنى الاخبار مع نيل الاوطار ١١٥/٥ .

## \* المبحث الرابع :

### \* القاعدة في منع بيع المردوم :

لا بد أن تكون هناك علة للمنع غير كون الشيء مردوماً ، وهذه العلة (٢٥) واضحة لمن تتبع مامنعته النصوص وما أجازته من بيع المردوم وهي كما قرر ابن تيمية (٢٦) الغرر . . وهي علة مضطردة لا تحوجنا إلى استثناءات أو مخالفة للقياس . . والغرر في بيع المردوم لا يتحقق إلا في حالة ما إذا كان المبيع مجهول الوجود . . لأنه إن كان المبيع محقق العدم فلا غرر في هذا . . والبيع باطل بداهة لاستحالة التنفيذ . . وإن كان المبيع محقق الوجود . . فلا غرر أيضاً ، والبيع صحيح . . وإذا تتبعنا مامنعته الشارع من بيع المردوم ، وما أجازته منه . . نجد أن كل مامنعته المبيع فيه مجهول الوجود . . وإن كل ما أجازته منه ، المبيع فيه محقق الوجود عادة ، وإن كان مردوماً وقت العقد . . . . . **فالقاعدة** التي ينبغي السير عليها في بيع المردوم هي « أن كل مردوم مجهول الوجود في المستقبل لا يجوز بيعه » ، وإن كل مردوم محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة يجوز بيعه » .

## \* المبحث الخامس :

### \* الاستصناع وبيع المردوم :

بعد أن فصلنا القول في بيع المردوم وقبل هذا فكرنا أن الاستصناع فيه شبه ببيع المردوم . . نريد هنا بيان هذا ، وكيف خرج من المنع . . وهل فيه غرر أم لا ؟

### رأى الحنابلة في الاستصناع :

من واقع ما استطعت أن أطلع عليه من مراجع فقهية معتمدة لدى المذهب الحنبلي . . تتبعت ما جاء في الفروع (٢٧) والانتصاف (٢٨) ، وغيرهما

---

(٢٥) انظر نظرية القرار للشرير ص ٢٥٨ وما بعدها .

(٢٦) القياس في الشرع الاسلامي لابن تيمية ، وابن القيم ص ٢٦ - ٢٧ .

(٢٧) الفروع ٢/٢٣

(٢٨) الانتصاف ٤/٣٠٠

عن القاضي (٢٩) واصحابه وغيرهم بأن الاستصناع بيع مالم يس عند الانسان  
لاعلى وجه السلم .. ولما كان كذلك نريد أن نعرف مامعنى بيع مالم يس  
عند الانسان عند الحنابلة ؟ .

### توضيح :

نفهم مما جاء فى الفروع والانصاف بأن المنع لعقد الاستصناع فى فهم  
الحنابلة هو أنه عقد بيع غير الموجود لاعلى وجه السلم . ويقصد  
بذلك أنه بيع لم يشترط فيه تأجيل تسليم المبيع كما هو المتبع فى عقد السلم  
ليكون جائزا عندهم .

وهذا الذى ذكره الحنابلة تعليلا للمنع .. لا يصلح أن يكون علة لمنع  
الاستصناع لأمور أهمها ما يلى :

١ — عقد الاستصناع : عقد مسمى لا يخالف نصا من نصوص  
الشريعة صريحا فى منعه وهو فى نفس الوقت عقد أجازته احدى مصادر  
التشريع المختلف فيه وهو الاستحسان إضافة الى أنه عقد أجازته السنة .

٢ — عقد الاستصناع .. من العقود التى تعارف الناس عليها  
والرسول صلى الله عليه وسلم لم يبطل كل العقود التى جرى تمسار  
الناس عليها طالما كانت محققة لمصالح المسلمين وغير جالبة للنزاع أو  
الضرر .

٣ — الفهم بأن الاستصناع عقد على بيع حال يشترط فيه تسليم  
المبيع فوراً مع أنه غير موجود فهم لاينطبق وواقع هذا العقد .

٤ — المعتود عليه لاغرر فيه فهو موصوف معلوم وهو مقدور  
التسليم فكل أسباب الغرر منتفية ، وأكثر أسباب النزاع فى هذا العقد  
غير وأردة ، فلا يكون النهى الوارد فى حديث الرسول صلى الله عليه  
وسلم : « لا تبع ما ليس عندك » .. منسباً عليه وهذا الذى ذكره

---

(٢٩) القاضي : هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء القاضي الكبير  
أبو يعلى إمام الحنابلة — ولد سنة ٢٨٠ هـ — وتوفى سنة ٤٥٨ هـ ببغداد من تلاميذه  
أبو الحسن السكرى .. أما عدد أصحابه فمجموعهم ابن الأثير أبو منصور ، وأبو بكر  
المقدس وغيرهما .. أهم مصنفاته : أحكام القرآن ، المعتد ، عيون المسائل ، القعدة فى  
أصول الفقه ، الكفاية ، الخلاف الكبير ، الى آخره .. انظر المنهج الأحمدي فى تراجم أصحاب  
الإمام أحمد ١٠٧/٢ .



ابن القيم (٢٠) .. فقد قال « أما قول النبي صلى الله عليه وسلم لحكيم ابن حزام « لا تبع ما ليس عندك » فيحمل على معنيين :

\* **أحدهما** : أن يبيع مينا معينة ، وهي ليست عنده بل ملك للخير فيبيعهما ثم يسعى في تحصيلها وتسليمها للمشتري ..

\* **ثانيهما** : أن يريد بيع ما لا يقدر على تسليمه ، وإن كان في الذمة .. وهذا أشبه .. . . . . . فليس عنده حسا ولا معنى .. فيكون قد باعه شيئا لا يدرى هل يحصل له أم لا ؟

فعلى المعنى الأول .. نحن نعرف أن الاستصناع ليس هو بيع عين معينة بل هو بيع شيء موصوف في الذمة حتى لو جاء به من مصنع آخر لجاز أخذه ..

وعلى المعنى الثاني .. عقب ابن القيم بقوله (٢١) .. فأما إذا كان على ثقة من توفيقه عادة .. فهذا محض القياس والمصلحة .

وفي الاستصناع يشترط أن يكون التعامل قد جرى العرف به من حيث المسادة المطلوب صنعها ووقت التسليم والقدرة على التسليم ونفع الثمن مقدما أو عدم دفعه فإن توافر شرط التعامل يكون الاستصناع صحيحا عند الحنفية .. والا فلا (٢٢) ..

لهذا .. أرى أنه بناء على أصول الحنابلة في البيع والسابق ببيانها يكون هذا المعتقد من العقود التي يجوز إنشاؤها وإبرامها طبقا لهذه الأصول كما ذهب إليه ابن القيم من أن بيع المعدم ليس منهيًا عنه مطلقا .. وبناء على رأى الحنفية من أن الاستصناع ليس ببيع معدم مطلقا أو عندما مُحضاً .. بل هو معدم في حكم الوجود كما سنبين ذلك فيما بعد :

وهذا الرأى لى احتفظ به عن موقف الحنابلة وهو اجتهدى والله أعلم

---

(٢٠) اعلام الموقعين ١/٢٧١

(٢١) اعلام الموقعين ١/٢٥٠

(٢٢) انظر الشروط الخاصة للاستصناع في هذه الرسالة ص ١٥٦

## راى الحنفية :

قال الكاسانى (٢٣) عن الاستصناع .. اماجوازه فالقياس أن لايجوز ..  
لأنه بيع ماليس عند الانسان لاعلى وجه السلم .. « وقد نهى رسول الله  
صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عند الانسان ورخص في السلم »  
ثم قال ايضا « وقد خرج الجواب عن قوله أنه معدوم لأنه الحق بالموجود  
لمساس الحاجة اليه كالمسلم فيه ، فلم يكن بيع ماليس عند الانسان على  
الاطلاق .

قال صاحب العناية (٢٤) .. ( القياس يقتضى عدم جواز « الاستصناع »  
لأنه بيع المعدوم .. وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عند  
الانسان ورخص في السلم وهذا ليس بسلم لأنه لم يضرب له أجل ) .

وقال ابن الهمام (٢٥) .. ولايصح بيعا ( اى الاستصناع ) لأنه بيع  
معدوم .

(٢٣) البدائع ٢٦٧٨/٦ .. اما عن كلامه في أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن  
بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم .. فقد تكلم عنه صاحب نصب الرأية في تخريج  
احاديث الهداية ٤٥/٤ فقال : روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند  
الانسان ورخص في السلم قلت : غريب بهذا اللفظ .. وقوله ( رخص في السلم ) هو من  
تمام الحديث لا من كلام المصنف صرح بذلك في كلامه .. ولكنى رايت في شرح مسلم للقرطبي  
ما يدل على أنه عثر على هذا الحديث بهذا اللفظ .. فقال : مما يدل على اشتراط الأجل  
في السلم الحديث الذى قال فيه « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عندك  
ورخص في السلم » فقال : لأن السلم لما كان بيع معلوم في الذمة كان بيع غائب فإن لم يكن  
فيه أجل كان هو البيع المنهى عنه .. وانما استثنى الشرع السلم من بيع ماليس عندك لأنه  
بيع تدعو الضرورة اليه لكل واحد من المتبايعين .. فان صاحب رأس المال محتاج الى أن  
يشترى النمر وصاحب النمر يحتاج الى ثمنه لينفقه عليه .. وظهر أن صفة السلم من المصالح  
الحاجية .. وقد ساء المتعاه بيع المحاييج .. فإذا كان حالا بطلت هذه الحكمة وارتفعت  
هذه المصلحة .. ولم يكن لاستثنائه من بيع ماليس عندك فائدة « .. ١٠١ .

وقد أخذ منها على أن الحنفية يرون أن السلم والاستصناع وغيرهما جاء على خلاف  
القياس كما في نظرية الضرر للضرير ص ٢٥٧ يذكر فيها أن القول ببطلان بيع المعدوم  
مطلقا قول لا يؤيده الأدلة بل هو قول يعارضه كثير من الأحكام المتفق عليها .. فقد أدرك  
هذا القائلون ببطلان بيع المعدوم وخاصة الحنفية فقرروا أن البطلان هو القياس .. وأن  
هناك عقودا تجوز استحسانا مع أن المحل فيها معدوم من أوضاعها الاجارة والسلم  
والاستصناع فهذه العقود وأشبهها موارد النص بجوازها جاءت على خلاف القياس عندهم.

(٢٣) اى المستصنع فيه

(٢٤) العناية مع فتح القدير ٢٥٥/٥

(٢٥) شرح فتح القدير ٢٥٥/٥

## \* المبحث السادس :

### \* رأى النظام الوضعى فى بيع المعلوم :

لما كان محل الالتزام فى المعلوم غير موجود (حالياً) بل هو ممكن الوجود فى المستقبل . . ففى النظام الغربى الوضعى (٢٦) « ينعقد العقد صحيحاً حتى لو لم يكن الشئ موجوداً ، مادام أنه ممكن الوجود فى المستقبل ، ولا يشترط أن يكون الشئ موجوداً فعلاً وقت التعاقد . . بل ينعقد العقد صحيحاً حتى لو لم يكن الشئ موجوداً مادام أنه ممكن الوجود فى المستقبل ، وكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدراً معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعه » . .

وفى الوسيط (٢٧) « إذا كان الالتزام محله حق عينى . . فالشئ الذى تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . . والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشئ موجوداً وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك .

فاذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شئ موجود فعلاً وقت نشوء الالتزام . . جاز أن يقع الالتزام على أن يوجد فى المستقبل . . فعلى هذا يشترط وجود الشئ المبيع وقت العقد إذا قصد المتبايعان التعاقد على شئ موجود فعلاً . . فاذا ظهر فى هذه الحالة أن المبيع لم يكن موجوداً وقت العقد فإن البيع لا ينعقد . . وذلك كما لو باع شخص منزلاً ثم ظهر أن المنزل احترق قبل العقد أو وقته . .

ويشترط أيضاً ألا يكون المبيع مستحيل الوجود إذا كان التعاقد على شئ مستقبل . . لهذا يمكن أن نأخذ هذين الشرطين من المدنى المصرى (٢٨) فى المادة التى تنص على أنه « إذا كان محل الالتزام مستحيلاً فى ذاته كان العقد باطلاً » .

وفى الفقرة الأولى من المادة (١٣١) من المدنى المصرى (٢٩) مايدل على جواز بيع الأشياء المستقبلية حيث تقول «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً » . . وهو يعنى أن بيع الأشياء المعدومة وقت العقد جائز قانوناً مادام وجودها محتملاً فى المستقبل .

(٢٦) مصادر الحق السنهورى ٨/٢

(٢٧) الوسيط للسنهورى ٢٧٦/١

(٢٨) القانون المدنى المصرى م/١٢٢

(٢٩) المدنى المصرى م ١٣١

## المناقشة :

مما تقدم .. يتبين لنا أن بيع الأشياء المستقبلية المحققة الوجود بحسب العادة يجوز بيعها في الشريعة والنظام الوضعي كالسلم، والاستصناع ..

أما المحتمل وجودها من الأشياء المدومة .. فإن الشريعة الإسلامية تمنعها. حين نجد النظام الوضعي يجيزها .. فالنظام الوضعي يجيز مثلاً بيع ما تنتجه الأرض ولو قبل زراعته .. وهذا ممنوع في الفقه الإسلامي .. وهو اختلاف واسع جداً بين النظام الوضعي ونظام الله المتين.

## • المبحث السابع :

### • حكمة مشروعية الاستصناع:

يقوم الإسلام على أساس حفظ النفس والبدن والمال وغير ذلك ، وسد حاجات الأمور المذكورة أعلاه يكون بعدة صور منها القيام بالصنع الذي يعتبر الطريق الأمثل أمام الجميع منذ القدم. فوضع الإسلام الأسس العامة للتعامل بالصناعات ولهذا شرع الاستصناع لهذا الغرض. فالصانع يجعل له الارتفاق ببيع ما يبتكر من صناعة وفق شروط طالباها وهو المستصنع، أما الموجود بالسوق من حاجيات سابقة الصنع قد لا تفي بالغرض وليس هناك سوى الاستصناع أو عقد المقاوله كحل لسد حاجات المجتمع الإسلامي المتكامل المتطور.



## الباب الأول

مفهوم الاستصناع، وهل هو عقد أم وعد ؟

\* \* \*

الفصل الأول : تعريف الاستصناع .

الفصل الثاني : هل الاستصناع عقد أم وعد ؟

الفصل الثالث : تعريف العقد بصورة عامة .



## الفصل الأول : تعريف الاستصناع \*

### \* المبحث الأول :

#### \* التعريف اللغوي للاستصناع :

جاء في لسان العرب (١) .. ( صنعهُ يصنعه صنعا فهو مصنوع ، وصنع أى عمله . ومن ذلك قوله تعالى ( صنع الله الذى أتقن كل شيء (٢) ... الآية )

قال أبو اسحق .. قراءة صنع بالنصب ، ويجوز بالرفع ، فمن نصب فعلى المصدر أى كانه قال : صنع الله ذلك صنعا .. ومن قرأ بالرفع : صنع الله .. فعلى معنى «ذلك صنع الله» ..

ويقال .. اصطنع فلان خاتما .. اذا سال رجلا ان يصنع له خاتما .. روى ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم (٣) : « اصطنع خاتما من ذهب كان يجعل غصه فى باطن كفة اذا لبسه .. فصنع الناس ثم انه رمى به » أى امر ان يصنع له كما تقول : اكتب أى امر ان يكتب له .. والطاء فى اصطنع بدل من تاء الافتعال أى أبدلت التاء طاء لوجود الصاد قبلها ..

واستصنع الشيء .. أى دعا الى صنعه ..

والصناعة هى : حرفة الصانع وعمله الصنعة .. وأما الصناعة فهى ما تستصنع من أمر .

وفى الصحاح (٤) .. الصنع بالضم : مصدر قولك صنع إليه معروفا .. وصنع به صنيعاً قبيحاً .. أى فعل .. وصنعة الفرس أيضاً حسن القيام ( عليه .. فنقول : صنعت فرساً صنعا وصنعة فهى فرس صنيع) .

---

(١) راجع لسان العرب لابن منظور / باب صنع .. وثاج المروس للزبيدي — أصل الصاد من باب العين ، ومعجم معن اللغة — لأحمد رضا ٣/ ٥٠٠ .

(٢) التحل / ٨٨ .

(٣) هذا حديث صحيح ثابت وله طرق فى الصحاح أخرجه فى كتابيهما من عدة طرق انظر النهاية فى غريب الحديث والأثر ٣/ ٥٦ .. نقلا عن الاعتبار ص ٢٢١ — ٢٢٢

(٤) الصحاح للجوهري — باب صنع .

ويقال سيف صنيع : أى مجلو ، وامراه صناع اليدين : أى امرأة حاذقة ماهرة بعمل اليدين ، ورجل صنيع اليدين : وصنع اليدين أيضا بكسر الصاد : أى صانع حائق .

ويقال : اصطنعت عند فلان صناعة ، واصطنعت فلانا لنفسى وهو صنيعتى اذا اصطنعته وخرجته .

### الخلاصة :

عرفنا ان الاستصناع فى اللغة .. هو : طلب عمل الصنعة من الصانع فيما يصنعه .. وكان الواضح من العرف اللغوى أن الاستصناع هو أن يطلب من صانع أن يعمل له شيئا ما ويصنعه بما هو من حرفته وصناعته .. كالرجل يطلب من الخياط أن يصنع له ثوبا ومن صانع له حذاء .. وعلى نطاق اوسع فيما بين الدول كان تطلب الدولة من مؤسسة ما أن تصنع لها سيارات معينة أو طائرات على اوصاف تختلف عما هو موجود فى البلد المصنوع .. أو آلات انتاجية اخترعها شخص ما فى بلدها ..

فالفهم اللغوى .. له تأثير واضح فى تحديد الاستصناع عند الفقهاء  
كما سيأتى

### ✽ المبحث الثانى :

#### ✽ التعريف الاصطلاحي للاستصناع عند الفقهاء :

##### التمهيد :

ان تجديد معنى الاستصناع عند الفقهاء واعتراغهم بمشروعيته او عدمها يأخذ اتجاهين هنا :

الاول : وهو اتجاه اكثر الحنفية .. وصورته واضحة عندهم على انه عقد مستقل او ما يسمى فى عرف النظم الوضعية عقد مسمى .

الثانى : وهو اتجاه المذاهب الثلاث «المالكية ، الشافعية ، الحنابلة» وصورته عند اكثرهم قريبة الى صورته عند الحنفية .. لكنهم منعه ولم يملطوه ذلك الاهتمام الكبير الا أن السلم بالصناعات كان البديل عندهم فى التعامل بالصناعات .



## الفرع الأول تعريف الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول (الحنفية)

يأخذ التعريف بالاستصناع عند فقهاء الحنفية طريقتين :

الطريق الأول : تعريفه بذكره صورته ( التعريف بالرسم (هـ) )

الطريق الثانى : تعريفه بالحد (٦) ..

واليك تفصيل هذا ..

الطريق الأول : ( التعريف بذكر صورته أى بالرسم )

ذكر كثير من فقهاء الحنفية صوراً للاستصناع للتعريف به نذكر من أقوالهم مايلي :

السرخسى : قال الإمام السرخسى (٧) : فى مبسوطه استصنع الرجل عند الرجل خفين أو قلنسوة أو طستا (٨) أو كوزاً أو آنية من النحاس .. وبمثله قال السمرقندى (٩) وغيره ..

الكاسانى : قال الكاسانى (١٠) : « لو قال انسان لصانع من خفاف أو صفار أو غيرهما اعمل لى خفا أو آنية من آديم أو نحاس من عندك بشئ كذا ويبين نوع مايعمل وقدره وصفته .. فيقول الصانع نعم » .. وبمثله هذا قال : البسابرتى (١١) : وأبو بكر بن المنذر (١٢) ..

(هـ) الرسم : هو لفظ وجيز يميز المخبر عنه مما سواه فقط دون أن ينبىء عن طبيعته كقولك الانسان هو ضاحك فانك ميزت الانسان بهذا اللفظ تمييزاً صحيحاً مما سواه إلا أنك لم تخبر بطبيعته لأنك لو توهمت الضحك مرتفعاً عن الانسان لم تبطل بذلك عنه الاتصافية ... انظر الاحكام لابن حزم ٣٤/١ — مطبعة الامام — مصر .  
(٦) الحد : هو لفظ وجيز يدل على طبيعة الشيء المخبر عنه كقولك الجسم : هو كل طويل مريض عميق فان الطول والعرض والعمق هى طبائع الجسم لو ارتفعت عنه ارتفعت عنه الجسمية ضرورة ... انظر الاحكام لابن حزم ٢٤/١ .

(٧) المبسوط ١٢٨/١٢ .

(٨) الطست فى لغة ، والطس فى لغة أخرى لطفى .. وهو اناء يستعمل للغسيل انظر مختار الصحاح — باب الطاء .

(٩) انظر تحفة الفقهاء ٥٣٨/٢ ، وراجع مخطوطة جامع المدر الشهيد ترقب الجامع الصغيرة للامام محمد بن الحسن ٦٢/١ .

(١٠) البدائع ٢٦٧٧/٦ .

(١١) العناية على الهداية ٢٥٤/٥ .

(١٢) مخطوطة الاثراف فى مسائل الخلاف والاجماع ص ٢٧ — فقد جاء مائمه : « واختلفوا فى الرجل يستصنع عند الرجل الشيء مثل الطست والابريق والقلنسوة والخف وما أشبه ذلك .. فوصف له صنعة معلومة معروفة عند أهل العلم بذلك الصنعة .... انتهى » ..

الكمال بن الهمام (١٢) : أما ابن الهمام فقد زاد في أمثلة وصور الاستصناع التي تمثل ماكان معروفا في عصره كصناعة الزجاج والحديد والطواحن وغير ذلك .. وبما يقارب هذا وذلك قال ملا خسرو (١٤) .

### مجلة الأحكام العدلية :

وأما مجلة الأحكام العدلية المتأخرة عصرا .. فقد جاءت بصور أخرى تدل على ماقي ذلك العصر من صور جديدة .. غنى المادة ( ٣٨٨ ) ماتصه (١٥) : مثلا : لو أرى المشتري رجله لخفاف وقال له : اصنع لي زوجي خف ... أو تقاoul مع نجار محلى أن يصنع له زورقا أو سفينة وبين طولها وعرضها وأوصافها اللازمة وقبل النجار انعقد الاستصناع .. كذلك لو تقاoul مع صاحب معمل أن يصنع له كذا بندقية كل واحدة بكذا قرشا ، وبين الطول والحجم وسائر أوصافها اللازمة وقبل صاحب المعمل انعقد الاستصناع .

### ماتعيده هذه الصور من نوع المال المصنوع :

مأذكروه الفقهاء من أمثلة وصور وهي كثرة وقد أفادتنا بما يلي :

١ - ذكروا أمثلة الاستصناع عندهم وفي وقتهم وهي المعتسادة والمتعارفة بين الناس . فالسرخسى ذكر الخف وبمثله قال المهرقندى والكاسانى والبايرقى وابن الهمام . ف هؤلاء جميعا جاءوا بنفس الصور تقريبا : الخف والطست والقلنسوة .. الخ أما في العصور المتأخرة : فقد اتسعت الحضارة ، وبدت أشياء مصنوعة جديدة كما في عهد العثمانيين .. فنجد الأمثلة قد توسعت الى الثياب والأسلحة حربية كانت أو سلمية .. والسفن الشراعية وما الى ذلك .

---

\* وابن المنقر : هو أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابورى كان فقيها عالميا سلف في اختلاف العلماء كتبها لم يستفد منها - توفي سنة ٢٠٩ هـ - أو سنة ٢١٠ هـ - وأجمع ونيات الأمان ٢/٢ نقلنا من نظرية الإباحة المذكور من ٤١١ .

(١٢) فتح القدير ٢٥٤/٥ .

(١٤) الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام ١٩٧/٢ .

(١٥) مجلة الأحكام العدلية - مادة (٢٨٨) .. انظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام لمولى

حيدر .. وانظر شرح المجلة المذكورة ليلاز من ٢١٨ .

٢ - المادة الخام : أما المادة الخام المستعملة في هذه الأدوات المصنوعة فالملاحظ أنها تتكون من النحاس والجلد إلا أن بعضهم كابن الهيثم ذكر الحديد والزجاج والطواجن التي تتكون عادة من الآجر .

٣ - وأخيرا .. فهذا لا يمنع أن تدخل اليوم في الاستصناع أنواع جديدة ومواد خام لم تكن مستعملة سابقا .. فالطائرة والصاروخ والبيوت الجاهزة والسيارات والأثاث ومواد البناء والآلات الدقيقة كالساعات وغير ذلك من المعسكات التي يحتاجها العصر الحاضر .. وتلبي علينا الظروف الصحية والاقتصادية والتعليمية والزراعية والصناعية الحاجة إليها والتي تعورف على الحصول عليها عن طريق الاستصناع . يمكن أن يدخل التعامل بها عن طريق الاستصناع ..

### الطريق الثاني لتعريف الاستصناع :

#### \* التعريف بالحد :

بعد أن ذكرنا من عرفه بذكر أمثله وصوره نبين هنا من أراد تعريفه بالحد وهو عند الحنفية على اتجاهين :

#### الاتجاه الأول :

\* العيني (١٦) : قال العيني .. الاستصناع هو ( أن يطلب من الصانع أن يصنع له شيئا بثمن معلوم ) .

\* ابن عابدين (١٧) : قال ابن عابدين هو طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص .

\* مرشد الحيران (١٨) : وبمثل تعريف ابن عابدين ذكر في مرشد الحيران وغيره (١٩) .

---

(١٦) رمز الحقائق شرح كنز الدقائق ٥٦/٢ ، ٥٧

(١٧) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٢٢٢/٥ .

(١٨) مرشد الحيران / محمد قنري باشا م / ٤٦٢ .

(١٩) عرفه من المعاصرين الشيخ علي الخفيف ، والشيخ مهدي أبو سنة .. إلا أن أبو سنة زاد في تعريفه قيدا هو من الشروط التي وضعتها المجلة في الاستصناع بصورة خاصة بمقتضى ص ١٢٨ من كتابه « العرف والعادة » ( أن يطلب من الصانع عمل شيء باندته من عنده على وجه خاص )

كما سبق .. يتبين أن المعرفين للاستصناع لم يبينوا كونه عقدا أو وعدا، وهل هو بيع أم غير بيع .. فهذا الاتجاه في التعريف هو الذي دفعنا إلى تقديمه على غيره من التعريفات .. لأن الإطلاق هذا يجعل لهذا النوع من التعريف مكانة خاصة . علما بأن تعريف مرشد الحيران لا يختلف عن ابن عابدين شيئا .. وكلاهما لا يختلفان عن المعنى إلا أن التعريفين الآخرين زادا التخصيص في الشيء والوجه المخصوص وهما وصف للشيء المذكور عند المعنى لا أكثر .

والذي أراه أن هذه التعريفات هي نفس المعاني التي يراها الحنفية في أن الاستصناع نوع من البيع .. لأن طلب المادة مع الصنعة ويضمن معلوم يستدعى مبادلة مال بمال بالتراضي عند الحنفية (٢٠) .. والبيع عند إطلاقه يكون عقدا لا وعدا .

### الاتجاه الثاني :

وبصيغة أخرى عرفه بعض الحنفية على النحو الآتي :  
هو بيع : قال ابن عابدين (٢١) .. الاستصناع هو ( بيع عين موصوغة في الذمة لبيع عمل ) .

هو عقد : ومنهم من صرح تصريحاً واضحاً يكون الاستصناع عقداً منهم الكاساني والسمرقندي قال الكاساني (٢٢) : يرى بعض الفقهاء أن الاستصناع هو « عقد على مبيع في الذمة » .. قال السمرقندي (٢٣) أن الاستصناع « عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع » .

ويمثل هذا القول .. نقل لنا الكاساني قول بعض الفقهاء (٢٤) .  
هو عقد مقاوله (٢٥) : أما مجلة الأحكام .. فتري أنه « عقد مقاوله مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً » .

(٢٠) فتح القدير / ابن الهمام / ٧٢/٥ .

(٢١) حاشية ابن عابدين ٢٢٥/٥ .

(٢٢) البدائع ٢٦٧٧/٦ .

(٢٣) نفس المصدر السابق .

(٢٤) تحفة الفقهاء للسمرقندي ٥٢٨/٢ .

(٢٥) تناوله في أمره وتناولا أي تناوضا ... انظر مختار الصحاح باب الثلاث .. وعقب

على حيدر في شرحه بأن هذا تعريف الاستصناع شرعا في المجلة .. انظر دهر

الحكام شرح مجلة الأحكام ٩٩/١ . لعلى حيدر .

ومن كل ما تقدم .. يمكن أن نستخلص ماهية وحقيقة عقد الاستصناع عند الحنفية بالكيفية التي توصلت اليها المجلة العدلية بقولها « اذا قال شخص لأحد من أهل الصنائع اصنع لى الشيء الفلانى بكذا قرشا وقبل الصانع ذلك انعقد البيع استصناعا » . ومثلت أمثلة من واقع الامر كما لو طلب الصنع من النجار فى صنع الزورق أو السفينة أو السلاح (٢٦) .

### المقارنة :

من التعاريف السابقة عرفنا بأن تعريف البعض من فقهاء الحنفية له شبه كبير بالتعريف الذى ساقته البعض الآخر ، ولتفصيل هذا نقول :

السيرقندى .. عرفه كتعريف بعض الفقهاء المنقول لنا عند الكاسانى .. وتعريف العينى شابهه تعريف ابن عابدين .. الا أن ابن عابدين لم يذكر قيد « بثمن معلوم » وأن هذا القيد معروف يديهيا فى عقود المعاوضات .. فما دام الصانع يستعد بالمادة الخام والعمل فلا بد أن يكون فى أغلب الأحوال بثمن معلوم ..

ولكن تعريفهما مع ترك هذا القيد يقرب جدا الى تعريف السيرقندى والتعريف الذى نقله لنا الكاسانى .. لانهما ذكرا قيد « بطلب العمل من الصانع » والمعروف أن الصانع اذا ما طلب منه صنع شيء ما وتم القبول منه صار عقدا .. وتعريف السيرقندى وتعريف بعض الفقهاء متفقان على أن الاستصناع عقد .

### التعريف المختار للاستصناع :

بعد الاستعراض المذكور أرجح واختار التعريف التالى لعقد الاستصناع الذى هو :

عقد على مبيع فى الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص .

### وجه الترجيح :

١ - التعريف الذى ذكر خاليا من قيد شرط العمل وهو « عقد على مبيع فى الذمة » تعريف غير مانع ذلك لأنه يدخل فى التعريف عقد السلم فيصبح

---

(٢٦) موسوعة ميراثية ١٠/٧ جاءت بتعريفين بالاستصناع عيها تشابه كبير مع التعاريف النتهية السابقة وهى منها بلا شك .

التعريف جامعاً غير مانع .. وشرط التعريف أن يكون جامعاً لأفراد المعرف مانعاً من دخول غير أفرادها فيه .

٢ — التعريف المذكور والمختار يوافق المعنى اللغوي ..  
غالباً استصناع طلب الصنعة والعقد عقد استصناع .. غالباً في العقد من قيد شرط الصنعة .. وبذلك قال الكاساني (٢٧) .

٣ — أما من قال بأن شرط الصنعة ليس قيداً في التعريف بدليل أنه لو تعاقد على مبيع في الذمة وأحضر الصانع عيناً كان قد صنعها قبل العقد ورضى بها المستصنع وسلمها له انعقد للعقد وصح .

يرد على ذلك .. بأن العقد هنا قد تم بطريق آخر غير الطريق الأول هو طريق التعاطي ..

#### شرح التعريف :

القول بأنه « عقد » يخرج ما هو وعد عند أكثر فقهاء الحنفية وهو ما فصلته سابقاً والقول بأنه « مبيع » قيد ثانٍ احتراز به عن الإجارة لأنها عقد على منافع وليست على عين .. واحتراز به أيضاً عن العقد على العمل أو الإجارة على العمل فهو ليس بعقد على مبيع ..

والقول بأنه « على مبيع » يبنى على أن هناك شيئاً يباع .. وهو في الاستصناع المادة الخام .. التي يستعد بها الصانع .. والمعروف أن المادة في الإجارة على العمل من عند المستأجر .. وعلى الإجير العمل فقط .

والقول بأنه « في الذمة » قيد ثالث احتراز به عن البيع باطلاقه .. إذ أن من شروط البيع أن يكون مقبوضاً في المجلس وهنا المطلوب صنعه في الذمة ..

والقول بأنه « شرط فيه العمل » قيد رابع احتراز به عن السلم إذ أن السلم هو بيع آجل بعاجل (٢٨) .. ففيه مبيع في الذمة .. وقيل (٢٩) هو أخذ ثمن عاجل بآجل .. والاستصناع لا يشترط فيه أخذ الثمن عاجلاً .. وهذا يكفي لإخراج السلم من التعريف .. ويؤيد هذا ما نقل لنس السمرقندي (٣٠) في البيع بأنه أربعة أنواع : مذكور منها : « بيع الدين بالدين

(٢٧) انظر البدائع ٢٦٧٧/٦ .

(٢٨) فتح القدير لابن الهمام ٣٢٢/٥ .

(٢٩) حاشية مسددي جليبي مع فتح القدير ٣٢٢/٥ — .

(٣٠) تحفة الفقهاء ٥/٢ ، ٦ ، ٤ .

وهو السلم ، .. وإن المسلم غيه مبيع وهو دين .. ورأس المال قد يكون عينا ، وقد يكون دينا .. ولكن قبضه شرط قليل اغتراق العاقدین بأنفسهما فيصير عينا .

أما في الاستصناع فلا يشترط فيه القبض عند أكثر الفقهاء وهم الجمهور من الحنفية وشيء آخر هو أن السلم لا يشترط أن يكون المسلم غيه مصنوعا ، بل في الغالب يكون طعاما أو حيوانا أو غير ذلك .. المهم أن لا يشترط فيه الصنع .. فقد يكون مصنوعا أو غير مصنوع ..  
أما الاستصناع فيشترط فيه الصنع .. والشرط « يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي (٢١) » .

أما القول بأنه « على وجه مخصوص » أي جامع لشرائط الاستصناع التي منها بيان جنس العقود عليه ونوعه وصفته وقدره . وكونه مما جرى باستصناعه في العرف وهو احتراز عما لم يستجمع الشروط .. حيث يكون استصناعا فاسدا ..

وهذا ما رجحه الكاساني بقوله : والصحيح هو القول « بأنه عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل » .. لأن استصناع : طلب المصنع فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعا .. فكان مأخذ الاسم دليلا عليه ..

ولأن العقد على مبيع في الذمة يسمى سلما .. وهذا العقد يسمى استصناعا واختلاف الأسماء دليل اختلاف المعاني في الأصل .. وأما إذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضى به المستصنع فأنما جاز لا بالعقد الأول بل بعقد آخر وهو التعاطي بتراضيهما .

#### مقومات الاستصناع :

في التعريفات السابقة .. تجد أن الاستصناع يقوم على مستصنع وصانع ومال مصنوع وثن ..

فالمستصنع : هو طالب الصنعة إذا باشره بنفسه أو بواسطة وقد يكون فردا أو مؤسسة .

---

(٢١) البدائع : ٢٦٧٧/٦ .

والصانع : هو من يقوم بتحضير المادة الخام ويقوم بالعمل .. اذا باشر الصنع هو أو من يقوم مقامه كالصانع الذي يعمل عنده أو يعطيه العملية بكاملها (٢٢) ويكون «الصانع» المتعاقد مسئولاً عن كل شيء».

المال المصنوع : هو محل العقد .. فعند تحويل المادة الخام الى شيء آخر متفق عليه يسمى هذا المحول بالمال المصنوع .. أو المستصنع أو المستصنع فيه حسب تعابير الفقهاء.

والثمن : هو المال الذي يدفعه المستصنع نظير المطلوب صنعه وهو قيمة المادة الخام مع عمل الصانع.

### الإلفاظ ذات الصلة

١ — الإجازة على الصنع : عند بعض الفقهاء (١٢٢) بيع عمل ، العين تبع وهذه تختلف عن الاستصناع حيث أن الأخير بيع عين موصوف في الذمة وليس بيع عمل ، وفي الاستصناع تكون المادة والعمل من الصانع ، حين الإجازة على الصنع تكون المادة من السّاجر لا من الصانع.

٢ — الجعالة : التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر علمه، وهي عقد على عمل (٢٣ ب) فهي في الصناعة وغيرها ، حين الاستصناع خاص بالصناعات.

والجعالة قد يكون العمل فيها مجهول ، والاستصناع كما يذكر الحنفية يشترط فيه أن يكون العمل معلوماً.

٣ — السلم بالصناعات : ويرد توضيح مقارب في ص ١١٧ من كتابنا هذا.

---

(٢٢) يسمى مثل هذا التعاقد بالمقابلة على الباطن في النظم الوضعيه.

(٢٣ أ) المبسوط ٨٤/١٥ م دار المعرفة / بيروت.

(٢٣ ب) مقني المحتاج ٤٢٩/٢ ط م الحلبي.



## الفرع الثاني :

### تعريف الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثاني :

#### التمهيد :

أن بحث الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثاني وهم :

المالكية                      الشافعية                      الحنابلة

أمر ليس بالهين وخاصة لاستخلاص تعريف أو بيان حكم أو مالى ذلك .. فهم بمجموعهم أنفردوا باتجاه خاص في عقد الاستصناع .. وسبب هذا كله أنهم لم يعترفوا بالاستصناع كعقد مستقل مسمى باسمه كما فعل الحنفية .. بل أدمجوا مسائله تارة في عقد السلم وتارة أخرى في البيع بالصفة .

علما بأن بعضهم — كما سنورده فيما بعد — منعه صراحة (٢٢) ، والآخر شبهه بالسلم تشبيها لا تمثيلا (٢٤) ، ومع هذا كله سأحاول استخلاص تعريف له عندهم .

وللدخول في هذا .. يستحسن أن نأخذ فكرة موجزة عن مدى تكييفهم لمردول كلمة « استصنع » ، واستصناع .. وهل يفهم من استعمالهم للكلمات تلك أنهم فهموا الاستصناع كعقد مستقل .. أم كما ظلت سابقا أنهم أدمجوا مسائله في عقد السلم ، أو البيع على الصفة ..

#### المطلب الأول :

#### تعريف الاستصناع عند المالكية :

يستعمل لفظاء المالكية لفظة ( استصنع ) ( واستصناع ) في أواخر باب السلم . فهذه الاتفاقية منهم تفرح الدارس فتشده إليها ظنا منه أنهم اهتموا بالاستصناع كعقد مستقل كفقهاء الحنفية .

---

(٢٢) وهم الشافعية ( انظر الأم للشافعي ١١٦/١ وما بعدها ) ، شرح المنهاج للبجلي ٣٣٩/١ وما بعدها ) . والحنابلة في ( النروع ٢٢/٢ ، الامتياز ١/ ٢٠٠ ) (٢٤) المالكية : ( انظر مواهب الجليل للحطاب ٥٣٩/٤ ، المدونة للأمام مالك ١٨/٩ وغيرهما مما سنذكر من المراجع ) .

لكنه عند التدقيق والتحقيق في نصوص مذهبهم نجدهم يشبهون مسائل الاستصناع بالسلم . . فيشترط فيه شروط السلم ، فهم لم يعتبروه عقدا مستقلا بل ادرجوا مسأله ضمن مسائل السلم ، ويتضح ذلك من النصوص التالية :

خليل : جاء في مختصر خليل (٢٥) عند البحث في السلم وبالذات عندما تكلم عما يجوز السلم فيه وما لا يجوز قال : والشراء من دائم العمل كالخباز وهو بيع وان لم يتم فسلم : كاستصناع مسيف أو سرج . . فعطف الاستصناع على ما يجوز السلم فيه .

مالك : وجاء في المدونة (٢٦) . . قلت ما قول مالك في رجل استصنع طستا أو تنورا أو قمحا أو قنسوة أو خفين أو لبدا (٢٧) أو اصطنعت سرجا أو قارورة أو قدحا أو شيئا مما يعمل الناس في أسواقهم من آتيتهم أو امتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصانع .

ابن رشد في المقدمات : أما ابن رشد فقد اخص لنا رأى المالكية في السلم بالصناعات ، وأعطى حكم هذا التعامل بأنواعه ، وعد أنواع السلم بالصناعات بأنها أربعة (٢٨) وعد منها ما اذا لم يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله ولم يعين ما يعمل منه .

(٢٥) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل — الخطيب ٥٢٩/١ .

(٢٦) المدونة الكبرى — للإمام مالك ١٨/٦ .

(٢٧) اللب : بوزن الجلد اللبود أو اللبدة اخص منه قلت وجميعها لبدة واللبادة : ما يلبس منه للمطر . . مختار الصحاح باب اللام — وقيل ( ما له سيد ) ولا لبد يفتح الباء فيهما أى قليل ولا كثير . . والسيد من الشعر واللبد من الصوف . أنظر أيضا مختار الصحاح باب السين .

(٢٨) قال ابن رشد في المقدمات ١٥٩/٢ وما بعدها ( وأما السلم في الصناعات فيقسم في مذهب ابن القاسم على أربعة أقسام . .

\* أحدها : أن لا يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله ، ولا يعين ما يعمل منه

ثانيهما : أن يشترط عمله ويعين ما يعمل منه . .

ثالثهما : أن لا يشترط عمله ويعين ما يعمل منه .

رابعهما : أن يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه . .

\* فأما الوجه الأول . . وهو أن لا يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه فهو سلم على حكم السلم لا يجوز إلا بوقف العمل وضرب الأجل وتقديم رأس المال . .

\* وأما الوجه الثاني . . . . . فليس هو بسلم وإنما هو من باب البيع والإجارة في الشيء المبيع . . فإن كان يعرف وجه خروج ذلك الشيء من العمل أو تبكى أعدته للعمل أو عمل غيره من الشيء المعين منه العمل فيجوز : على أن يشرع في العمل وعلى أن يؤخر الشروع فيه بشرط ما بينه وبين ثلاثة أيام أو نحو ذلك . . فإن كان على أن يشرع في العمل جاز ذلك بشرط تعجيل النقد وتأخير . . وأن كان على أن يتأخر الشروع في العمل إلى الثلاثة الأيام ونحوها لم يجز تعجيل النقد بشرط . . حتى يشرع في العمل

وحكم هذا النوع عنده : هو سلم على حكم السلم لا يجوز الا بوصف العمل وضرب الأجل وتقديم رأس المال ..

يستدل من قول ابن رشد .. ان من يطلب من صانع صنع شيء له فهو جائز ولكن حكمه حكم السلم وبشروط السلم لا يخرج عنها ، ونحن نعرف ان الاستصناع موضوع بحثنا هو ما كان فيه طلب صنعة على وجه مخصوص ويكون بالذمة .. ولم يمين فيه العامل .. بل اطلق الطلب .. فقد يكون الصانع نفسه او غيره .. وكذلك لم تعين المادة بالذات بل وصفت بأوصاف معروفة تخرج العقد عن المنازعة .. وهذه كلها ذكرها ابن رشد لكنه اضاف بأن يكون بشروط السلم .. والسلم يشترط فيه مثلا دفع رأس المال مقدما .. وعند المسالكية يجوز الى ثلاثة أيام .. حين تجد فيما بعد بأن هذا ليس بشرط .. فقد يدفع وقد لا يدفع المستصنع فهو ليس بشرط عند الحنفية .

#### الرددير :

يقول الرددير (٢٩) .. ثم شبه في السلم قوله : ( كاستصناع سيف ) او ركاب من حداد او سرج من سروجي او ثوب من حياك او باب من نجار على صفة معلومة بثمن معلوم فالتعاقد على صنع شيء يأخذ حكم السلم عندهم .. قال الرددير (٤٠) وقول خليل كاستصناع سيف ... تشبيهه لا تمثيل .

#### انواع المال المصنوع عند المالكية :

بعد ان تبين لنا موقف المالكية من الاستصناع وهو انه عقد جائز شبهه بالسلم وبشروطه ، نريد ان نعرف موقف المالكية من هذا العقد

---

• أما الوجه الثالث .. وهو ان لا يشترط عمله بيمين ما يعمل منه فهو ايضا من باب البيع والاجرة في المبيع .. الا انه يجوز على تعجيل العمل وتأخيره الى نحو ثلاثة أيام بتعجيل النقد وتأخيره .

الوجه الرابع .. وهو ان يشترط عمله ولا يمين ما يعمل منه .. فلا يجوز ذلك لانه يحتويه أصلاً متناقضان لزوم النقد تكون ما يعمل منه مسوئاً وامتناعه لاقتراط عمل المستعمل بيمينه .

\* وابن رشد هو : محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد قاضي الجماعة بقرطبة من اميلان المالكية وهو جد ابن رشد الفيلسوف توفي سنة ٥٢٠ هـ . انظر الاعلام ٢١٠/٦

(٢٩) الشرح الصغير للرددير ٢٨٧/٢

(٤٠) نفس المصدر السابق ٢٦١/٢

بالنسبة للمادة المستنعة هل الجواز عام في كل مسادة تستصنع ..  
أم الجواز خاص ببعض المواد الخام المستنعة دون البعض الآخر ..  
وللوصول الى ذلك نرجع الى نصوص المذاهب الواردة في هذا  
الموضوع فنجدها كما يلي :

انها لم تقيد الجواز لا بمادة خام واحدة ولا بصنعة معينة الشرط أن  
لا يكون هذا العقد مصادما لنص شرعى يمنعه ..

**سبب هذا الاطلاق :** أن سبب هذا الاطلاق في أنواع المسال المصنوع  
والمسادة الخام هو أنهم يكتفون هذا التعامل على عقد ورد جواز العمل به  
في القرآن والسنة والاجماع .. الا وهو السلم .. فكل ما جاء وفق شروط  
السلم يجوز التعامل به . وما ذكروه انها هو للتبثيل لا للحصر ..

#### **تعريف الاستصناع عند المالكية :**

الاستصناع في اللغة .. طلب الصنعة .. وطلب الصنعة عند المالكية  
أن كان من غير تعيين للعامل ولا الممول منه ( المسادة الخام ) فهو شبيه  
بالسلم ويأخذ حكمه بشروطه فالذى استخلصه من هذا أن تعريفه  
عندهم هو :

**بيع موصوف مؤجل في الثمة بغير جنسه يشترط فيه الصنع ..**

#### **اساس التعريف :**

اخذنا تعريف الاستصناع هذا من تعريف السلم عند المالكية .. فخذ  
عرفه لفقهاء المالكية عدة تعريفات اخترت منها ما قاله صاحب اقرب  
المسالك (٤١) ، واضفت عليه القيد الأخير .. عليا بأن هناك عدة تعريفات  
لفقهاء آخرين (٤٢) ..

---

(٤١) الشرح الصغير للدردير ٢/٢٦١

(٤٢) تعريفات لفقهاء المالكية للسلم عديدة منها ما عرّفه ابن عرفة بأنه ( عند معاوضة  
يوجب عبارة ثمة بغير عين ولا منفعة غير مسائل الموضين ) انظر مواهب الجليل  
للصطاب ٤/٥١٤ ، وما عرّف في الشرح الكبير ٢/١٧٠ بأنه بيع تقدم فيه رأس المال  
ويتأخر الثمن لأجل .

(\*) ابن عرفة : هو محمد بن محمد بن عرفة البدرغسي ابو عبد الله المالكي امام تونس  
وعالمها وخطيبها في عصره توفي سنة ٨٠٢ هـ - انظر الاعلام ٧/٢٧٢ .

فأساس التعريف هو أن السلم (٤٣) بيع موصوف مؤجل في الذمة في غير جنسه .

#### شرح التعريف :

التعريف الذي أراه للاستصناع يكون شرحه كالآتي :  
القول بأنه « بيع موصوف » ينبئ على أنه نوع من أنواع البيوع . .  
فيدخل فيه الطعام والعرض ، والحيوان ، وغير ذلك مما يوصف .  
وكلمة « موصوف » يخرج به المعين بالذات . . فبيعه ليس بسلم  
بالمصناعات .

القول بأنه « مؤجل » : يخرج غير المؤجل كالبيع الحال .

والقول بأنه « في الذمة » : معناه ذمة المسلم إليه . . فيخرج بيع  
الموصوف ، فهو ليس في الذمة . . كبيع ما في المعدل . . وكبيع موصوف  
يمكن غير مجلس العقد وبيع الأجل لأنه اشتراء معين بثمن مؤجل .

والقول « بغير جنسه » : قيد يخرج ما إذا دفع شيئاً في جنسه وليس  
بسلم شرعاً .

والقول « يشترط فيه الصنعة » قيد يخرج السلم في المزروعات والمواد  
غير المصنوعة أو المطلوب صنعها .

وهذا التعريف الذي اخترته هو تعريف للسلم كما قلت . . بزيادة  
القيد الأخير . . فعلى هذا . . يكون الاستصناع الذي بحثه الحنفية . .  
هو غير الذي بحثه المالكية . . فالاستصناع عند المالكية : بعيد عن  
دراستنا ، وإنما أردنا بيان موقفهم مع مثل هذا التعامل ، وهو ما سنبينه  
عند الكلام عن حكم الاستصناع — إن شاء الله .

#### \* المطلب الثاني :

#### \* تعريف الاستصناع عند الشافعية :

#### \* التمهيد :

أن أخذ تعريف للاستصناع أو حكم له عند الشافعية أمر صعب وذلك  
لأن الشافعية جروا على ما جرى عليه غيرهم من المالكية والحنابلة من  
عدم اعتبار الاستصناع عقداً مستقلاً . . بل هو مدرج ضمن مسائل السلم .

(٤٣) الشرح الصغير للدردير ٣/٢٦١

لذا سأتكم عن الاستصناع عند الشافعى أولا وذلك ببينان رايه فى السلم بالصناعات .. واردفه بقول الحنفية عنه بالمنع لكى اخلص من هذا كله لتعريف الاستصناع ذلك العقد الذى منعه الشافعى .

اما اصحاب الشافعى .. فسأبين رأيهم فى السلم بالصناعات لان طلب الصنعة له حل عندهم وذلك عن طريق السلم بشرط ضبط الصفات .. واخيرا أبين رأى أحد فقهاء الشافعية فى أنواع السلم بالصناعات .

### السلم بالصناعات عند الامام الشافعى :

جاء فى الأم (٤٤) للشافعى أن السلم بالصناعات ينقسم الى قسمين :  
القسم الأول : وهو ماكان من مادة خام واحدة ماعدا المادة المزينة .

القسم الثانى : وهو ماكان من مادتين خام فأكثر ماعدا المادة المزينة (٤٥)

#### واليك التفصيل :

##### القسم الاول :

وهو السلف فى الصناعات المكونة من مادة خام واحدة .. جاء فى الأم (٤٦) أن مايصنع من مادة خام واحدة كالحديد أو الخشب أو الرصاص ، أو الذهب ، أو الفضة يجوز السلف فيها ، ولو كان معها مادة مزينة كالصبغ فى الخشب والحديد أو المسمار فى الخشب . أو الخيط فى القطن .. أو الصوف فى الأثياب .

فهو يرى إذن .. أن طلب الصنعة للمادة الخام الواحدة جائز .. ويعطيه حكم السلم كغيره من اصحاب الاتجاه الثانى لكنه فصل بين ما اذا كان المستصنع فيه من مادتين خام فأكثر .

وعلة الجواز فى هذا القسم كون المادة الخام الواحدة يمكن ضبطها ومعرفة ما وضع منها وكميته أو وزنه وهو الذى يركز عليه الشافعى عند

---

(٤٤) انظر الأم : للشافعى ١١٦/٢ وما بعدها .

(٤٥) يعلم من رأى الشافعى فى المادة المزينة أنها تلك المادة التى لايعتبر مادة أساسية فى الصنع ، وإنما هى لتحسين أثر الصنع سواء بمساعدة الصانع فى أثر الصنعة أو بتزيين المال المصنوع .. فالمسألة مادة مع أن الطين لايمكن أن يكون شيئا آخر للبناء الا به .. ولكنه لايعتبر مادة خام ثابتة يؤدى وجودها الى الجهالة .

(\*) وكذلك الصبغ فى الخشب يعتبر مادة مزينة ولايعتبره مادة أساسية عنده .

(٤٦) انظر الأم للشافعى ص ١١٦/٢ وما بعدها .

الكلام في السلف .. وعلى هذا يمكن معرفة قدر العمل المبذول في الصنعة ..  
فلا يحصل نزاع بين طالب الصنعة والصانع .

وعليه .. فان التعامل على هذه الصورة لا يعتبر استصناعا عند الامام  
الشافعى على ما سنبينه في القسم الثانى — ان شاء الله —

### القسم الثانى :

ما كان المصنوع من مادتى خام فأكثر ما عدا المسادة المزينة ..  
جاء فى الأم (٤٧) عند الكلام عن السلف فى الشيء المصلح لغيره .. ويعنى  
الامام الشافعى بهذا .. ما خلط بشيء غير جنسه .. كالحديد والنحاس  
وغير ذلك من مواد الخام التى يمكن أن يخلط بعضها ببعض بشرط أن يكونا  
مختلفين فى الجنس واذا ما خلطا لم يعرفا .. أو لم يكن غرض بعضها عن  
الآخر بالأمر الهين .

غيرى الشافعى .. أن هذا الخلط أو هذا الصنع الذى تم بين هذين  
الجنسين من قبل الصانع ولو استطاع المستصنع أن يضبط ما صنع بالوزن  
أو العدد ولو كان الذى خلط قائما فى المسال المصنوع .. لا خير فى السلف  
بهذه الصورة .

وعلمته عنده أنه اذا اختلطا لم يتميز أحدهما عن الآخر ولم يدركم قبض  
من مادة الخام الاولى ولا الثانية .. فعنده السلف بهذه .. انها هو سلف  
بمجهول .. ومثل الشافعى لهذا بالمصنوعات الحلوية كالسويق .. وهو  
يتكون من سكر ودهن ولوز .. وكذلك مثل بمصنوعات الثياب التى يتم  
التعامل بها على اساس السلم عنده .

اما الاوانى .. فأجاز الشافعى السلف فيها بشرط أن لا تدخل فى  
اسباب المنع عنده .. ومن اسباب المنع : عدم ضبط المسادة الخام من  
حيث صفتها ووزنها ونوعها وكل ما يتعلق بالضبط من كل الوجوه ..  
وشروط المنع هذه .. انها وضعت اذا كان المسال المصنوع من مادتى  
خام فأكثر مختلفين فى الجنس .

---

(٤٧) انظر الام للشافعى ١١٦/٢ وما بعدها فقد جاء فيها أنه « لو شرط أن يعمل  
له طستاً من نحاس وحديد ، أو نحاس ورصاص ، لم يجز لانها لا يخلصان  
فيعرف قدر كل واحد منها .

ويفهم من هذا أن الشافعي يجيز طلب الصنعة .. ولو كانت من مادتين فأكثر أن توغرت الشروط من حيث ضبط الصفات للمادة الخام ووزنها وبيان جنسها ونوعها . فكل هذه تمنع الجهالة المؤدية للنزاع بين الطرفين .

لكن يا ترى .. هل أجاز الشافعي الاستصناع أم منعه ؟ هذا ماسنفضله فيما بعد عند الكلام عن حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثاني — ان شاء الله .

### تعريف الاستصناع عند الامام الشافعي :

لكي نأخذ تعريف الامام الشافعي للاستصناع لابد من السير في اتجاهين هما : ما جاء في كتابه الأم ، وما جاء في كتب الحنفية نقلا عن الامام الشافعي .

### ما جاء في كتاب الأم :

قلنا ان الشافعي أجاز طلب الصنعة ان كان المطلوب صنعه لا يؤدي الى جهالة في قدره أو في جنسه أو في نوعه جهالة مؤدية الى النزاع .

وتأسيسا على ذلك .. يرى الشافعي (٨) .. ان الاستصناع جائز اذا كان المستصنع فيه من مادة واحدة أو من مادتين لا يؤديان جهالة قدرهما الى المنازعة .. بأن امكن معرفة قدر كل منهما لتمييزهما عن بعضهما .. والا فلا يجوز غيها اذا اختلطا .. ولم يمكن تمييز قدر كل واحد عن الآخر .. فقال الشافعي « لو شرط أن يعمل له طستا من نحاس وحديد ..... لم يجز » .. وعلل الشافعي عسدم المنع بقوله ( ... ) لأنها لا يخلصان فيعرف قدر كل واحد منهما وليس هذا كالصبغ في الثوب لان الصبغ في الثوب زينة لا يغيره .. ان ضبطت صفتة .. وهذا زيادة في نفس الشئ المصنوع ) .

الى هنا انتهى حكم الشافعي في طلب الصنعة ان كان المال المطلوب صنعه يتكون من مادتين فأكثر .. وهذه القاعدة تطبق عند الشافعي على كل ما استصنع .

---

(٨) الأم للشافعي ١١٦/٢ .



ولهذا .. قال الشافعي بعد ذلك عطفنا على ما نقل عنه أننا « وهكذا كل ما استصنع (٤٩) » .

فمن هذا .. أستطيع أن استخرج تعريفا للاستصناع عند الشافعي  
فأقول :

**الاستصناع هو : « بيع موصوف في الذمة يشترط فيه الصنعة » .**

**شرح التعريف :**

قولنا بيع موصوف في الذمة : قيد يحتز فيه عن بيع المعين .. فإنه لا يجوز السلم فيه (٥٠) .. **والسلم هو : بيع موصوف في الذمة عند الشافعية (٥١) ..**

قولنا يشترط فيه الصنعة : قيد أخرج ما يجوز السلم فيه من المطعومات كالرز والحنطة والحيوانات والنباتات وغير ذلك .

**تعريف آخر للاستصناع عند الشافعي :**

أوردت بعض كتب الحنفية (٥٢) حكم الاستصناع عند الماتعين .. فلم تذكر سوى الشافعي من المذاهب الأخرى وزجر من الحنفية ..

ولست هنا بصدد بيان حكمه عند الشافعي وزجر أو غيره .. بل أقول أن تعريفه عند الشافعي هو نفس تعريف الاستصناع عند الحنفية فهو عند الحنفية حسب ما اخترت من التعاريف (٥٣) « عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل على وجه مخصوص » .

---

(٤٩) الأم ١١٦/٢ .

(٥٠) شرح المنهاج للحلي ٢٣٩/١ .

(٥١) السلف عند الشافعية له تعريفات كثيرة اخترت منها مايلي :-

قال الحلي : السلم ويقال له السلف وهو بيع موصوف في الذمة . انظر شرح

المنهاج ٢٣٩/١ .

وقال ابن حجر . السلم هو بيع شيء موصوف في الذمة . انظر تحفة المحتاج

٢/٥ .

وذكر لنا النووي عدة تعريفات في روضة الطالبين ٢/٤ : أحدها أنه مقصد

على موصوف في الذمة يبدل بمطى أجل .

وثانيها : هو اسلام عوض حاضر في موصوف في الذمة .

وثالثها : هو اسلام عاجل في عوض لا يجب تعجيله .

ثم يعقب النووي على هذه التعريفات بقوله : أن السلم بيع .

(٥٢) انظر شرح فتح القدير ٢٥٥/٥ .

(٥٣) انظر تعريف الاستصناع عند أصحاب الانجاء الاول السالك الذكر .

وبما أن فقهاء الحنفية أوردوا لنا رأى الشافعى فى الاستصناع محل البحث والدراسة عندهم ذو التعريف الخاص به كعقد مستقل استخلصت هذا التعريف — والله أعلم —

#### الترجيح :

بما أن الحقائق العلمية تفرض علينا أن نأخذ رأى المذهب الا من كتب أصحابه المعتمدة فى المذهب .. فالذى أرجحه هو تعريفه الذى استخلصته من كتاب الام السالف الذكر .. وهو اقرب الى التعريف الثانى .. من جهة كونها ينصان على أن الاستصناع عقد على مبيع فى الذمة مشروط فيه الصنعة .

وبذلك كان تعريف الشافعية كتعريف المالكية واتجاههما معا متفق على أنه عقد سلم يندرج تحت مسائل السلم وبشروطه .

#### \* المطلب الثالث :

#### تعريف الاستصناع عند الحنابلة :

#### \* التمهيد :

من أول وهلة .. يمكن أن نعطى رأى الحنابلة بالاستصناع الا وهو المنع . الا اننا نريد أن نعرف أن شيئاً آخر وهو ما هو الاستصناع الذى منعه الحنابلة .. واين وضعوا بحته .. هل وضعوه كالمالكية والشافعية فى السلم ؟ وما موقفهم من السلم بالصناعات ؟

#### تعريف الاستصناع عند الحنابلة :

جاء فى كشف القناع والانصاف وغيرهما أن الاستصناع غير جائز نقلاً عن القاضى وأصحابه بأنه (٥٤) لا يصح استصناع سلعة لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم .. وثيل (٥٥) لا يصح استصناع سلعة بأن يبيعه سلعة يصنعها له .. لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم .

فيمكن أن نأخذ تعريفه من هذين النصين بأن الاستصناع عند الحنابلة

---

(٥٤) الانصاف للمرداوى ٢٠٠/٢

(٥٥) كشف القناع للبيهوتى ١٥٤/٢ — انظر اللزوع ٢٣/٢

هو :

(( بيع موصوف يشترط فيه الصنع لا على وجه السلم )) .

اساس التعريف :

ان منع استصناع السلعة اورده الحنابلة في البيع بالصفة .. فهو عندهم بيع بالصفة لهذا ارتأيت أن أتقدم بهذا التعريف له عندهم .

شرح التعريف :

قولنا بيع موصوف : يشمل البيع المطلق الموصوف سواء كان سليما أو غيره .

قولنا يشترط فيه الصنعة : قيد يحترز به عن البيع والسلم في المزروعات والحيوان وغيره لا على وجه السلم : عند أكثر الحنفية يشترط عدم ضرب الأجل في الاستصناع .. فهذا هو معنى قول الحنابلة لا على وجه السلم .

والدليل على هذا .. ما جاء في العناية (٥٦) « وهذا ليس بسلم لأنه لم يضرب له أجل » .

ولم أجد في غير ما ذكرت من استعمال للاستصناع مما اطلعت عليه في كتب الحنابلة .

\* \* \*

---

(٥٦) العناية مع فتح التدبر ٢٥٥/٢

### ✻ المبحث الثالث :

### ✻ تعريف الاستصناع في النظم الوضعية :

### ✻ التمهيد :

ان اخذ تعريف للاستصناع من النظم الوضعية امر ليس بهذه السهولة لان النظم الوضعية غريبة كانت أو عريضة لم تول للاستصناع أهمية كبرى .. ولم تفرد به اهتمام ان كان هناك اهتمام به مع غيره .

فالاستصناع في المدنى المصرى الجديد : هو ضمن عقد المفاوضة .. الا ان المدنى العراقى قد أولى الاستصناع بعض الاهتمام لكونه اخذ اكثر جزئيات مواده من الفقه الحنفى .

ومن الذين اهتموا بالاستصناع .. دافيد فرانسكو DAVID FRANCIS. في رسالته ( عقد الاستصناع ) LE MARCHE A. FAÇON من فرنسا .. لذا اخذت هذه الرسالة وبحثت فيها بعض الأمور بعد الترجمة (٥٧) والمراجعة (٥٨) .

لهذا سأتناول التعريف عند هؤلاء جميعا .

### الفرع الاول : تعريف الاستصناع عند دافيد :

عرغه دافيد (٥٩) .. بأنه العقد الذى بمقتضاه يتعهد مقاول بأن يصنع شيئا بالمادة التى يقدمها .. وأن يسلم هذا الشيء عندما ينتهى فى مقابل ثمن الى من طلبه .

والتعريف به أطناب .. ولو اقتصر على أنه العقد الذى بمقتضاه يتعهد مقاول بالصنع مقابل الثمن لكان أفضل بكثير .

---

(٥٧) حصلت على الرسالة من مكتبة المخطوطات الفرنسية بالقاهرة وهي رسالة « دكتوراه » من باريس أولفها المذكور فى سنة ١٩٢٧م — وقد تفضل مشكوراً الدكتور/ابراهيم العنانى — استاذ القانون الدولى — بالمعهد العالى للقضاء بفرجة كل ما يتعلق بموضوعى ترجمة جيدة لجزء الله خيراً .

(٥٨) وقد قام بمراجعة الترجمة الشيخ / محمود الحسينى الحنفى — استاذ الفقه الماتين بالمعهد العالى للقضاء — لجزء الله مما كل خير .

(٥٩) رسالة الاستصناع لدافيد ص ١ .

ويعتبر دافيد كما يبدو من كلامه في رسالته اول من تناول هذا الموضوع حتى انه يندب حظ النظم الوضعية في غرنا وغيرها بأنها لم تتناول هذا الموضوع ولم تعط له أية أهمية (٦٠) .

### الفرع الثاني : تعريف الاستصناع في المبنى العراقى :

عرّفه المبنى العراقى بأنه « العقد الذى وقع على صنع شيء معين ويتمهد المفاوض فيه بتقديم العمل والمادة معا » .

والتعريف قريب جدا الى تعريف المجلة السابق الذكر (٦١) .. فقد اعتبره المبنى العراقى عقدا ، ولم يعتبره وعدا .. واعتبره واقعا ومشروطا فيه الصنعة لشيء معين . أما مقالته في التعريف عند الفقرة الأخيرة « يتمهد المفاوض فيه بتقديم العمل والمادة معا » .. فهو ما اشترطته المجلة في عقد الاستصناع .. وهو الفارق الكبير بين الاستصناع والاجارة كما قلنا سابقا ، وما سنقوله فيما بعد عند التحدث عن الشروط الخاصة — ان شاء الله .

ولكن التائر بالمبنى المصرى ليس يبعد على المبنى العراقى .. لذا قال في التعريف « يتمهد المفاوض فيه » حين نجد المجلة تقول (يتمهد) الصانع بدلا من « المفاوض » .. والمعروف أن المبنى العراقى متأثر بالمجلة العدلية.

### الفرع الثالث : تعريف الاستصناع في المبنى المصرى :

قبل البدء بتعريفه عند المبنى المصرى .. نقول ان المبنى المصرى الجديد عد متطورا بتغيير عقد الاستصناع الذى كان في المبنى القديم الى عقد المفاوضة .. لكن يا ترى .. هل معنى هذا ان عقد الاستصناع يقابل في المبنى المصرى الجديد عقد المفاوضة على اطلاقها ؟

**الجواب : لا ..** فقد ذكر في مجموعة الاعمال التحضيرية (٦٢) ان عقد المفاوضة « ايجار اهل الصنائع او عقد الاستصناع » .. وشرحا لهذا .. ورد فيها « أن مجرد التغيير الذى تم في عنوان هذا الفصل ، وابدال اسمه القديم « ايجار اهل الصنائع » باسم جديد هو : « عقد المفاوضة » لكاف في

(٦٠) رسالة الاستصناع لدافيد ص ٤ وما بعدها .

(٦١) المبنى العراقى ص ٨٦٥ / فقرة (٢٠) . نقلا من المبادئ التفصيلية لعبد الرحمن

علام ص ٩٦ .

(٦٢) ٥/٥

الدلالة على مدى التطور الذى لحق هذا العقد وتشعب نواحيه وتعدد أشكاله وصوره العملية فى الوقت الحاضر ..

فقد كان القصد قديما من وضع أحكام هذا الفصل هو تنظيم العلاقة القانونية بين مستصنع وصانع يعهد اليه بعمل ما ، مع هذه الخاصية .. وهو أن مركز الصانع بالنسبة لمن يكلفه بالعمل يقرب كثيرا من مركز العامل .. . . . . ولهذا نجد عند القرائين ومنها التقنين المصرى أهلى ومختلط يتكلم عن عقد الاستصناع ، وعقد العمل فى باب واحد هو « ايجار الأشخاص واهل الصنائع » .. . . . ويرى أن المقاولات انواع منها المقاوله الصغيره .. وهى الصورة التقليدية لعقد الاستصناع » .

لذا .. عرف المدنى المصرى الجديد المقاوله بأنها (١٢) « عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر .

وفى الفقرة الثانية من المادة (٦٤٧) تقول « يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا » ..

### المناقشة :

ان قولهم « ايجار اهل الصنائع أو عقد الاستصناع » هو عقد المقاوله حاليا . خطأ كبير من جهة انهم عند ترميغهم للمقاوله جاعوا بإيجار اهل الصنائع كجزء من التمرير وهذا لا غبار عليه .

لكن خلطهم لهذا الجزء « ايجار اهل الصنائع مع عقد الاستصناع غير صحيح اما جعلهم للاستصناع من المقاولات الصغيره فهو بعيد عن الحقيقة .. فالاستصناع اليوم فى عالم الصناعة من المقاولات الكبيره والصغيرة بآن واحد » .

\* \* \*

---

(٦٢) المدنى المصرى م / ٦٤٦ .

## الفصل الثانى : الاستصناع عقد أم وعد ؟

تمهيد :

السؤال يطرح نفسه ، هل الاستصناع عقد أم وعد ؟ وقبل الاجابة عن هذا التساؤل لابد من معرفة معنى العقد والوعد ، ثم بيان حكم كل منهما وانواع العقود واتسامها ثم يأتى جواب التساؤل .

### \* المبحث الأول :

#### \* مفهوم العقد والوعد :

##### الفرع الأول : العقد لغة :

عقدت الحبل .. من باب ضرب فانمقد ، العقدة : ما يمسكه ويوثقه ومنه قيل « عقدت البيع ونحوه » وعقدته على كذا بمعنى عاهدته (١) ، والمعاهدة : المعاهدة وتعاهد القوم فيما بينهم (٢) .

##### الفرع الثانى : العقد اصطلاحاً :

ويعرف العقد بأنه (٣) « العهد » .. والعهد يعنى ما أحل الله وما حرم وما حد فى القرآن كله .. قال الله تعالى : ( والذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل ويفسدون فى الأرض ..... الآية ) (٤) .. ويدخل فى ذلك كافة العقود : كمهد الله ، وعقد الحلف ، وعقد الشركة ، وعقد البيع ، وعقد النكاح ..... الخ .

وقيل هو ما يعقده المأخذ على امر يفعله هو أو يعقد على غيره ففعله على وجه الزامه إياه (٥) ..

---

(١) المصباح المنير كتاب العين « فى العين مع العاف وما يثلثهما » .

(٢) مختار الصحاح — باب العين —

(٣) قاله ابن عباس — رضى الله عنه — ومجاهد . انظر تفسير العلى القدير ١/٤٨٢ .

(٤) البقرة / ٢٧

(٥) الجصاص فى أحكام القرآن ٢/٢٥٨ الى ٣٦١ .

وكل شرط شرطه الانسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد وقيل العقد هو (٦) : ارتباط اجزاء التصرف الشرعى ..

فهذه اهم التعريفات للعقد عند الفقهاء .. وهى بمجموعها تدل على انه الترابط الذى يتم بين طرفين على امر .. فمعد العهد انه عقد والشرط عقد .

### **الفرع الثالث : مفهوم الوعد :**

**تعريف الوعد لغة :** يستعمل الوعد فى (٧) : « الخير والشر .. يقال : وعد يعد بالكسر وعدا .. وقال الفراء : يقال وعدته خيرا ووعدته شرا .. فاذا استقطوا الخير والشر قالوا فى الخير الوعد والعدة .. وفى الشر : الايعاد والوعيد ..

**تعريف الوعد اصطلاحا :** ويعرف الوعد فى اصطلاح الفقهاء بأنه (٨) « ما يطلبه الطالب غيظه صاحبه بانفاذ ما يطلب » ..

وقيل هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالاضافة الى المستقبل لا على سبيل الالتزام فى الحال .. وقد يقع الوعد على عقد او عمل .. كان يعد شخص آخر ببيعه ارضا او بينائه دارا .. اما حكمه عند جمهور الفقهاء (٩) فانه : يلزم ديانة لا قضاء .

### **\* البحث الثانى :**

### **\* الفرق بين العقد والوعد والآثار المترتبة على هذا :**

#### **الفرع الأول : الفرق بين العقد والوعد :**

يتبين لنا من التعريفات السابقة لكل من العقد والوعد الفارق الكبير بينهما من حيث كون الارتباط بين الطرفين فى العقد على الوجه المشروع يثبت أثره .

\* \* \*

---

(٦) الدرر شرح الفهر ٢٢٦/١ .

(٧) مختار الصحاح / باب الواو .

(٨) انظر الموسومة الفقهية ٩١/٧ وما بعدها .

(٩) مصادر الحق للسنبورى ١٥/١



فالآثر .. هو الفارق الكبير بين العقد والوعد .. ولكن ماهي الآثار المترتبة على الاستصناع ان كان عقدا أو وعدا ؟

ان كان عقدا : فلا بد ان يكون داخلا ضمن دائرة اللزوم او عديمه ..  
فالعقد في الأصل لابد ان يكون لازما .. واذا كان لازما يترتب عليه الضمان وغير ذلك من الأمور الواجب توغرها عند كونه عقدا لازما .

وان كان وعدا : فليس هناك آثار تترتب عليه سوى أنه على كل من المتواعدين اثم في عدم اتمام ماوعدا به .. ولا ضمان على كل واحد منهما ..  
والآن .. بعد ان تكلمنا عن العقد والوعد .. نرجع لبيان رأي فقهاء الحنفية في الاستصناع .. هل هو عقد أم وعد ؟

المطلب الأول : هناك رأي عند الحنفية يقول بأن الاستصناع وعد لا عقد .. ومن هؤلاء (١٠) : الحاكم الشهيد (١١) . الصغار (١٢) . ومحمد بن سلمة (١٣) ، وصاحب المنتور (١٤) .

قال السرخسي (١٥) : وكان الحاكم الشهيد يقول الاستصناع مواعدة ..  
وانما ينعقد العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا عنه .. ولهذا ثبت فيه الخيار لكل واحد منهما .

\* \* \*

---

(١٠) انظر في هذا كله .. منح التقدير ٣٥٥/٥ وما بعدها ، الموسوعة الفقهية ٩١/٧ وما بعدها .. المبسوط للسرخسي ١٢/١٢٨ ، ١٣٩ ، المنهاية مع فتح التقدير ٣٥٥/٥ وما بعدها .

(١١) الحاكم الشهيد : هو أبو الفضل محمد بن محمد بن أحمد البروزي الوزير العالم الكبير ولي القضاء في بخارى ، قتل شهيدا سنة ٣٣٤هـ - انظر طبقات الفقهاء لطائس كبرى زاده ص ٥٧ .

(١٢) الصغار : هو أبو القاسم الصغار البخاري توفي سنة ٢٣٩هـ - نفس المصدر السابق ص ٦٤ .

(١٣) محمد بن سلمة : وهو أبو عبد الله محمد بن سلمة .. روى عنه زهير توفي سنة ٢٦٨هـ نفس المصدر السابق ص ٤٥ .

(١٤) لم أجد له ترجمة فيما اطلعت عليه .

(١٥) المبسوط ١٢ / ١٢٨ وما بعدها .

## ❖ المطلب الثاني :

أدلة من قال أنه وعد وليس بمعتد ومناقشتها :

واستدل أصحاب الرأي القائل : بأن الاستصناع وعد وليس بمعتد استدل أصحاب هذا الرأي .. بأدلة عقلية على صحة قولهم وهي كما يلي (١٦) :

### الدليل الأول :

أن الصانع له أن لا يعمل .. وبذلك كان ارتباطه مع المستصنع هو ارتباط وعد لا معتد .. لأن كل ما لا يلزم الإنسان به مع التزام نفسه به يكون وعدا لا معتدا لأن الصانع لا يجبر على العمل بخلاف السلم فإنه مجبر بما التزم به .

### الدليل الثاني :

أن المستصنع له الحق في عدم تقبل ما يأتي له الصانع من مصنوع .. وله أن يرجع عما استصنعه قبل تمامه ورؤيته .. وهذا علامة أنه وعد لا معتد .. لهذا قال أبو اليسر (١٧) « أن الخيار ثابت لكل واحد منهما » « الصانع والمستصنع » .

وجه الدلالة مما تقدم : مما تقدم نجد أن الاستصناع لو كان معتدا للزم الطرفين أو للزم أحدهما دون أن يكون لهما الخيار في نسخه أو أمضائه .. وهذه كلها مميزات للوعد .. لا للمعتد .. فكان الاستصناع لهذا كله وعدا بالبيع لا معتد مبيع .

\* \* \*

---

(١٦) فتح القدير ٢٥٥/٥ انظر المبسوط ١٢٨/١٢ وما بعدها .  
(١٧) فتح القدير ٢٥٥/٥

المناقشة : اعترض من قال « بأن الاستصناع وعد لاعتقد » على رأى الجمهور القائل « بأن الاستصناع عقد وليس بوعد » بما يلى :

أولا : كيف يجوز أن يكون مبيعا . . والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعا ؟  
رد الجمهور : ورد الجمهور (١٨) بأن المعدوم قد يعتبر موجودا حكما كالناسى للتسمية عند الذبح . . فإن التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لثلاث تنضاعف الواجبات . . فكذا المستصنع فيه المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل الجسارى بين الناس .

اعترض على الجمهور (١٩) : ورد ما قاله الجمهور بأن هذا إنما يصح أن لو كان المعتقد عليه هو العين المستصنع . . والمعتقد عليه هو الصنع فى الاستصناع وليس هو العين .

الجواب : أجاب صاحب الهداية (٢٠) عن ذلك فقال : « ان المعتقد عليه هو العين دون العمل ، حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعه او من صنعه قبل العقد فأخذه جاز » . .

وهذا هو الرأى الراجح عند جمهور فقهاء الحنفية كما سنبينه فيما بعد — ان شاء الله .

ثانيا : اعترض آخر (٢١) : من الواضح الثابت عند من يرى أن الاستصناع عقد بيع لا وعد به . . أنه يبطل بموت الصانع . . والمعتقد فى المعاملات لا يبطلها موت أحد طرفيها . . فكيف صاغ القول بأنه مقسد مع بطلانه بموت الصانع ؟

الجواب : واجيب عن هذا (٢٢) بأن الاستصناع إنما يبطل بموت الصانع لشبهه بالاجارة . . فهو لهذا الشبه قلنا بأنه يبطل بموت الصانع . . وهذا لا يمنع أن يكون عقدا .

---

(١٨) انظر الهداية ٢٥٥/٥ ، انظر فتح القدير ٢٥٥/٥ وضع

(١٩) انظر المنية ٢٥٥/٥

(٢٠) انظر الهداية ٢٥٥/٥

(٢١) انظر شرح مجلة الأحكام — باز — ص ٢١٩ حيث نقل رأى صاحب النهر بقوله من الاستصناع « أن بطلانه بموت الصانع يتناقض كونه مبيعا »

(٢٢) الفتاوى النفيانية ص ١٥١ .

رد الجمهور على أدلة القائلين بأنه وعد : وقد اعترض جمهور الفقهاء على الشبهة التي احتج بها من قال أن الاستصناع وعد لاعتقد فقالوا (٢٣) :

١ - أن قول أبي اليسر : بأن أثبات الخيار لكل من الصانع والمستصنع يدل على أنه وعد .. مرفوض ، فهو لا يدل على أنه غير بيع .. ألا ترى أن في بيع المقايضة لو لم ير كل من العاقدين عين الآخر كان لكل منهما الخيار فلم يخرجهم إلى أن يكون وعدا .

٢ - القول بأن الاستصناع وعد لاعتقد .. لأن الصانع له أن لا يعمل ولأن المستصنع له الخيار في أن لا يقبل الشيء المصنوع .. كل ذلك وارد في غير عقد الاستصناع .

\* فالاستصناع .. لا يعتبر عقدا نافذا ملزما إلا ساعة أن يتم الصانع ما طلب منه وفق المواصفات التي اشترطها المستصنع .. ورأى المستصنع ذلك الشيء بعينه ورضى .. عند ذلك يتم الاستصناع فلا خيار لواحد منهما .. غلما ما ذكر فهو وارد على أمور أخرى غير الاستصناع .

### \* المطلب الثالث :

\* حكم الاستصناع على أنه عقد وليس بوعد والأدلة ومناقشتها :

يرى الجمهور على أنه (٢٤) عقد .

\* أدلة الجمهور القائل بأن الاستصناع عقد وليس بوعد :

استدل الجمهور .. بأدلة عقلية .. على أن الاستصناع عقد نوردها فيما يلي :

أولا : أن الصانع يملك الدراهم بقبضها وما دام يقبضها فهو عقد .. لأن المواعد على شيء لا يملك الدراهم بقبضها وبلاستصناع يملكها ملكا غير لازم عند جمهور فقهاء الحنفية (٢٥) .

ثانيا : لأنه قد أجريت في الاستصناع القياس والاستحسان .... ونحن نعرف أن الوعد لا يحتاج إلى أثبات الاستدلال به إلى إجراء القياس

---

(٢٣) انظر فتح القدير ٣٥٥/٥ ، وانظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر ١٩٨/١

(٢٤) انظر فتح القدير ٣٥٥/٥ ، البدائع ٢٦٧٧/٦ ، المبسوط ١٢٨/١٢ وما بعدها .

(٢٥) حاشية الطحاوي ١٢٦/٢ ، وفتح القدير ٣٥٥/٥ .. على الخلاف الذي منكره فيها إذا ملك الصانع والمصنوع ما يملكه ملكا لازما أو غير لازم .

والاستحسان .. فقد ثبت العمل بالوعد بالنص (٢٦) والاجماع .. فمن يعد  
أحدا من المسلمين يجب عليه أن يفي بوعدده أن لم يكن معصية مثلا .. ولكننا  
نرى أن الاسم محمد بن الحسن قد أجرى في الاستصناع القياس  
والاستحسان (٢٧) .

ثالثا : أن الاستصناع يثبت فيه خيار الرؤية .. والوعد لا يحتاج الى  
اثبات الخيار .. فهو وعد مع آخر يختار كل منهما الأخذ به .. وما دام  
الخيار في الوعد ثابت وموجود فهو من باب أولى يثبت في عقد الاستصناع (٢٨)

رابعا : أن الاستصناع يجري فيه التقاضى .. والتقاضى انما يثبت في  
الواجب بالعقود لا بالموعود .. لماذا ما وعد شخص آخر لا يؤدي عدم الإيفاء  
بذلك الذهاب للقضاء ، وإقامة الدعوى .. وانما الذي يكون كذلك فيها  
هو واجب بالمقد بينهما (٢٩) .

خامسا : أن الاستصناع يجوز فيها فيه تعامل بين الناس لانها لاتعامل  
فيه . كما اذا طلب من نجار أن يصنع قارباً من خشب من عنده أو الخفاف  
أن يصنع خفا من جلد من عنده .  
في حين أن الوعد يكون فيها فيه تعامل فيه . مما أحله الله مطلقا .  
واما التعاقد في الاستصناع فيشترط فيه عند الحنفية أن يكون فيها فيه  
تعامل محسوب (٣٠) على ما سنذكره في الشروط الخاصة للاستصناع — أن  
شاء الله .

سادسا : أن الصانع في الاستصناع يجبر على عمله (٣١) .. والمواعيد  
على الشيء لا يجبر على ما وعد به الا من باب الإيفاء بالوعد فقط .. أن  
استطاع ذلك .. أما الذي تعاقد في الاستصناع على رأى المجلة فانه يجبر

---

(٢٦) ورد في السنة عن أبي هريرة — رضى الله عنه — أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « آية المنافق ثلاث : اذا حدث كذب ، واذا وعد أخلف ، واذا أوتى خان » رواه مسلم — مختصر صحيح مسلم — حديث رقم ٢٧ .

(٢٧) انظر النهاية ٣٥٥/٥ ، وفتح القدير بنفس الصفحة . والبدائع ٢٦٧٧/٦

(٢٨) انظر البدائع ٢٦٧٧/٦ . البسيط ١٢٨/١٢ وما بعدها .

(٢٩) نفس المصدر السابق .

(٣٠) انظر النهاية ٣٥٥/٥ وما بعدها ، الموسوعة الفقهية ٩١/٧ وما بعدها .

(٣١) انظر الدرر الحكام لمولى حيدر ١٩٨/٢ .. وهذا رأى خاص بالمجلة مع بعض  
الفقهاء وهو مرجوح يقول : أن الاستصناع لازم من أول التعاقد وحتى النهاية ..  
فيكون الصانع على هذا مجبرا على العمل .

على صنع ماتعاقد عليه .. فان لم يستطع يمكن ان يطلب من صانع آخر ذلك .. على ما سنبينه فيما بعد :

سابعاً : ان المستصنع لا يرجع عما طلب ولا يجوز له ان يرجع .. لانه ان تعاقد لا يحق له على رأى المجلة ان يرجع عن ذلك .. لان التراجع له له ضرر كبير على الصانع بتضييع المادة الخام بناء على امر من المستصنع .. فان رجوع فقد لا يشتريه احد لعدم موافقته للشروط التى يطلبها هذا الأخير (٢٢) .

ثامناً : اذا رأى المستصنع المطلوب صنعه « المستصنع فيه » فهو بالخيار .. لانه اشترى ما لم يره « .. فقلوله اشترى ما لم يره دليل على انه يريد به ذلك المستصنع واعتباره شراء دليل على انه عقد (٢٣) .

لذا .. فالتسمية لعملية التعاقد بالشراء شىء واضح على انه يراد به انه ليس بوعد ، والمعروف ان الشراء اذا اطلق يراد به عملية التعاقد بالبيع ، وايضاً فان الشراء بيع لانه من الأضداد .

الترجيح : لو تأملت قسوة الأدلة التى أوردها الجمهور القائلين بأن الاستصناع عقد وليس بوعد .. يتبين لك مدى رجحان أدلتهم . ههى أدلة واضحة بالنسبة لأدلة الفريق القائل بأن الاستصناع وعد .

وقد ناقشها جمهور الفقهاء واحداً واحداً وضمفها .. فعلى هذا يكون الاستصناع عقداً لا وعداً عند الحنفية .

\* \* \*

---

(٢٢) الدرر الحكام ١٩٨/٢ .

(٢٣) فتح القدير ٢٥٥/٥ .

## الفصل الثالث : دراسة العقد بصورة عامة

تمهيد :

لما كانت دراسة عقد الاستصناع من الأهمية بمكان .. لذا أردنا قبل الشروع في بيان أحكام عقد الاستصناع الخاصة به .. وبيان أركانه وشروطه . أن نقدم نبذة عن العقد بصورة عامة ، تعريفه ، وتقسيماته ، وأركانه ، وشروطه .

وعليه .. فنقول : بالاستقراء يتبين لنا من تتبع كتب الفقهاء أنهم لم يفرّدوا دراسة العقد دراسة مستقلة .. بل أنهم كتبوا في العقود كل على حدة ، واهتموا بكل ما يتعلق بذلك العقد المسمى .. كالبيع والإجارة .. والنكاح .. الخ . فدرسوا هذه العقود كل على حدة دراسة مستفيضة ..

علما بأنهم عندما يتداخل عقدان في شيء ما يذكرونه من باب الاستطراد .. لا التفصيل .. فعلى باب السلم مثلا : يذكرون أن للسلم شروطا زيادة على ما في شروط البيع وهكذا ..

وأما الفقهاء المعاصرون .. فقد حاولوا دراسة العقد بصورة عامة آخذين ذلك من دراسة العقود بصورة خاصة في كتب الفقهاء القدامى .. فاستخلصوا نظرية للعقد في الشريعة الإسلامية .. وهذا ما أردنا توضيحه هنا ... أن شاء الله .

✽ المبحث الأول :

✽ مفهوم العقد :

الفرع الأول :

تعريف العقد لغة :

سبق وأن ذكرنا تعريف العقد لغة ، وفي هذا المقام سنورد تعريفا في المصباح المنير حيث جاء فيه : عقدت الحبل عقدا ، فاعقدت ، العقدة : ما يمسكه ويوثقه ومنه قيل عقدت البيع ونحوه وعاقدته بمعنى عاهدته (١) .

---

(١) المصباح المنير / كتاب المين : في المين مع الغاف وما يثلثهما .

## الفرع الثاني :

### تعريف العقد اصطلاحاً :

وفي اصطلاح الفقهاء .. تطلق كلمة العقد على معنيين وكلاهما ذكرنا منهما تعريفاً سنورد هنا نبذة عن الاطلاقين (٢) للايضاح اكثر .

**الاطلاق الأول :** وهذا الاطلاق هو المشهور ويقصد به : الربط الحاصل بين كلامين ، أو مايقوم مقامهما كالاشارة والكتابة على وجه يترتب عليه حكم شرعى ، وكثيراً ما يطلق العقد ويراد به ما تم الارتباط به بين الطرفين .. سواء كان كلامين أم كتابتين أم اشارتين ، أم فعلين .

**الاطلاق الثاني :** وهذا اعم من المعنى الأول ويقصد به : كل التزام ينشأ عنه حكم شرعى سواء كان صادراً من طرف واحد أم صادراً من طرفين .

## الفرع الثالث :

### تعريف العقد في النظام الوضعى ، وبيان رأى الشريعة فيه :

جاء في نظرية العقد (٣) .. العقد هو : توافق ارادتين على أحداث اثر قانونى سواء كان هذا الاثر انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاءه .. فمن باع شيئاً فقد نقل ملكية المبيع الى حوزة المشتري .. وإذا ما تقابلا .. فقد أنهيا حكمه .. ومن كفل فقد أنشأ على نفسه حقاً للدائن فى المطالبة .

وهذا التعريف .. فى النظام الوضعى له شبهة بتعريف العقد عند الحنفية حيث جاء فى المجلة (٤) .. العقد هو : التزام المتعاقدين وتعهدهما لهما .. وهو عبارة عن ارتباط ايجاب وقبول .. وعليه فلا يدخل فى نطاق العقد عند النظام الوضعى (٥) الالتزام الذى يتم بالارادة المنفردة . فارتباط الايجاب والقبول عند المجلة ينشئ التزاماً أو ينقله أو يعدله أو ينهيه .. فهو عام .

---

(٢) انظر نظرية الشروط المقرنة بالعقد - زكى الدين شعبان ص ١١ وما بعدها .

(٣) نظرية العقد للسهرى ج١/٧٧ الى ٨٠ ،

(٤) انظر مجلة الاحكام العدلية م/١٠٣ ، وانظر شرحها لعلى حيدر ١/٩١ .

(٥) المدخل للفتنة الاسلامى للشيخ / محمد الحسينى ص ٢٥٧ .



### العلاقة بين العقد والتصرف :

سبق وأن بينا أن العقد يطلق على معنيين .. فعلى الإطلاق الثانى  
تكون كلمة العقد مرادفة لكلمة التصرف .. بخلافها على الإطلاق الاول ..  
فإنها أخص من التصرف .. ويتحققان فى كل ربط بين كلامين يترتب عليه  
حكم شرعى ..

وينفرد التصرف فى كل التزام ينشأ عن ارادة واحدة .. كالطلاق والعق  
ونحوهما فيسمى هذا تصرفا ولا يسمى عقدا (٦) .

\* \* \*

---

(٦) انظر نظرية الشروط المتفرقة بالعقد — لوكى الدين شعبان ص ١١ وما بعدها .

## ❖ البحث الثاني :

### ❖ تقسيمات العقد في الفقه الاسلامي :

بعد أن ذكرنا تعريف العقد بصورة عامة .. نتكلم عن تقسيمات العقد عند الفقهاء .. لنرى هل رتبوا مسهباته وفق أصول معينة أم تركوا هذا الترتيب وساروا على غير ذلك .

الملاحظ أن الفقهاء لم يضعوا خطة عامة يلتزموا بها جميعا على اختلاف مذاهبهم في تعريف العقود .. كان يبدأوا بعقود التكليفات ثم الاسقاطات .. وهكذا .

انما هم على قدر من الترتيب ارتضاه كل مذهب ما ليسير رجاله عليه فتبعه الآخرون على منواله .. ولا نستطيع أن نبخس حقهم .. فهم اهتموا بالعقود ونظموها على اعتبارات مختلفة وبينوا ما يتعلق بتلك التقسيمات من غائدة .

ولربما أوردوا عقدا بعد عقد لأن هذين العقدين مثلا يضمن احكاما مشتركة بينهم .. فمثلا : من تلك التقسيمات التي تقسوم على اساس الاثر المترتب على العقد مايلي :

عقود تمليك .. ثم عقود اسقاط .. ثم اطلاق .. ثم تقييد .. ثم شركات ثم توثيقات .. ثم حفظ (٧) .

واليك مثالا للتقسيمات التي درج عليها بعض الفقهاء .. فنأخذ تقسيما للحنفية ، وآخر للحنابلة كمثال .. ثم نقارن مقارنة مختصرة بينهما .

## الفرع الاول :

### تقسيم العقود في كتاب البدائع :

#### جاء في البدائع للكاساني التقسيم التالي للمعاملات (٨) : —

(٧) انظر المدخل للحسبي ص ١٨ . وقد لجأ صاحب مرشد الحيران الى معيار وقف عليه على المحل الذي يقع عليه التعاقد . ففى المواد ٢٦٢ — ٢٦٦ ، ذكر انه يصح أن يرد العقد على الاميان لتمليكها أو لحفظها أو للانتفاع بها بحسوس أو بغير عوض أو على صل معين من الاعمال الصناعية أو على جرفة معينة — مرشد الحيران م / ٢٦٢ — ٢٦٦ .

(٨) البدائع : انظر الفهرس فيه ومراجعة مابداخل الكتاب بعد ذلك .

الاجارة ، الاستصناع ، البيع ، السلم ، الكفالة ، الحوالة ، الوكالة ،  
الصلح ، الشركة ، المضاربة ، الهبة ، الرهن ، المزارعة ، المعاملة  
( المساقاة ) ، الوديعة ، العارية ، القسمة ، الوصايا ، القرض .

## الفرع الثانى :

### تقسيم العقود فى كتب المقنع :

جاء فى المقنع تقسيم آخر للمعاملات وهو كما يلى (٩) .  
البيع ، السلم ، القرض ، الرهن ، الكفالة ، الصلح ، الوكالة ،  
الشركة ، المضاربة ، المساقاة ، المزارعة ، الاجارة ، العارية ، الوديعة ،  
الجمالة ، الهبة ، الوصايا .

المقارنة : من خلال رؤيتنا لهذين التقسيمين .. نجد ان الحنفية قد  
وضعوا للاستصناع بحثا خاصا به ، وقد وضعه صاحب البدائع بعد  
الاجارة . لكننا نجد صاحب الاختيار لتعليل المختار (١٠) يجعله بعد السلم ،  
وكذلك سار على هذا .. كثير من فقهاء الحنفية .

اما بقية العقود .. فقد تساوى بها الحنفية مع الحنابلة . : ولكننا  
لا نستطيع ان نورد مناقشة تامة لهذه التقسيمات غهى تحتاج الى تفصيل  
يرجع اليها فى الكتب المختصة بذلك .

\* \* \*

---

(٩) أنظر المقنع فى المهرس ومراجعة ما بداخله عند المقارنة .

(١٠) الاختيار لتعليل المختار ٣٨/٢ .

## ✽ المبحث الثالث :

### ✽ المقومات الأساسية للعقد :

أن العقد سواء كان ارتباطاً إيجاباً وقبولاً أو التزاماً إنساناً ما يأمر من الأمور بمعنى هذا أن العقد يتوقف وجوده بصفة كاملة على الإيجاب والقبول والعاقدان ، والمحل « المعقود عليه » .. فهذه الثلاثة هي مقومات العقد باتفاق الفقهاء لكنهم يخطفون باعتبار هذه الأمور كلها أركاناً (١١) للعقد أم شروطاً .

فغير الحنفية .. يعتبرونها أركاناً للعقد (١٢) .. لأنه لا يوجد ولا يتحقق إلا بها (١٣) .

أما الحنفية : فيرون أن ركن العقد هو : صيغته ( الإيجاب والقبول فقط ) (١٤) .. وهي ركن للعقد لأن الإيجاب والقبول يدلان على الرضا الذي يتعلق به الحكم وما كان في معناها .

أما العاقدان والمعقود عليه فعندهم هي من شروط انعقاد العقد .. لأنها خارجة عنه .. فلا يعد شيئاً منها من أركانه .  
وقبل التفصيل في مقومات العقد بصورة عامة .. نورد شيئاً من الإيجاز عنها هنا :

١ - صيغة العقد : وهي التعبير الصادر من المتعاقدين لينبىء عن معنى التملك والتملك .. وهذا التعبير يسمى بالإيجاب والقبول في عرف الفقهاء .. سواء كان التعبير لفظياً أم غالياً .

فاللفظي يسمى عند البعض بالمبادلة القولية أو الصيغة القولية .. وأما الفعلية فتسمى « التعاطي » .. والفقهاء تفصيل كبير في الصيغة سواء من جهة القول أو الفعل .

---

(١١) وكان الشيء جانيبه القوي .. كما في مختار الصحاح / باب الرأء .. وقيل الركن هو الذي إذا تعد من شيء لا يمكن وجود ذلك الشيء . كما يطلق الركن على معنى المتمع لمساهمة الشيء ويطلق على الجزء لمساهمة الشيء .. كقولهم « التقيام ركن الصلاة » فالتقيام جزء من الصلاة .. انظر شرح المجلة لعلي حيدر ١٠٦/١ .  
(١٢) كتاب التناع ١٣٥/٣ ، وانظر مطالب أولى النهى ٤/٢ ، وانظر بداية المجتهد ١٧٠/٢ .

(١٣) المدخل للحسبي ص ٢٥٨ .

(١٤) الاختيار ٤/٢ .

٢ - **العقدان** : وهما طرفا التعاقد أو ما يسمى بالموجب والتقابل وهما شرط من شروط الانعقاد عند الحنفية وركن عند الجمهور ولهما شروط عند الفقهاء نذكرها عند البحث في الشروط العامة والخاصة فيها بعد - أن شاء الله .

٣ - **المعقود عليه** : وهو ما يسمى بمحل العقد عند أصحاب النظم الوضعية كالصنوع أو المطلوب صنعه في عقد الاستمناع .. ويشمل الثمن أيضا .. وله شروط سنوردها في موضعها - أن شاء الله .





## الباب الثاني حكم عقد الاستصناع

\* \* \*

الفصل الأول : حكم عقد الاستصناع عند اصحاب الاتجاه الأول

الفصل الثاني : حكم عقد الاستصناع عند اصحاب الاتجاه الثاني وصلة به السلم

الفصل الثالث : حكم الاستصناع عند المذاهب الأخرى .

الفصل الرابع : حكم الاستصناع في النظام الوضعي .





## الفصل الأول : حكم عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول

تمهيد :

اتفقت كلمة فقهاء الحنفية تقريبا على مشروعية عقد الاستصناع ..  
فهو جائز عند جمهور فقهاء الحنفية .

الا أنه ورد عن زفر .. قول بالمنع أورده بعض فقهاء الحنفية مع رأي  
الشافعي جنبا الى جنب ..

❖ المبحث الأول :

❖ رأي فقهاء الحنفية في عقد الاستصناع :

الفرع الأول : رأي جمهور فقهاء الحنفية :

يرى جمهور فقهاء الحنفية مشروعية عقد الاستصناع (١) ، وحكمه عندهم  
الجواز واليك بعض النصوص من كتب فقهاء المذهب .

الامام محمد :

جاء عن الامام محمد بن الحسن في الجامع الصغير قوله (٢) «لو استصنع  
رجلا شيئا ..... بغير أجل .. جاز استحسانا » .

❖ الكاساني :

جاء في البدائع (٣) .. في معرض الكلام عن الاستصناع « اما جوازه  
فالتقياس ان لا يجوز لانه باع ما ليس عند الانسان لا على وجه السلم ..  
وتدني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان  
ورخص في السلم ويجوز استحسانا لاجماع الناس على ذلك » ..

(١) انظر البدائع ٢٦٧٨/٦ . طرح فتح القدير ٣٥٥/٥ ، تحفة الفقهاء

٥٢٨/٢ ، شرح مجلة الاحكام لعلي حيدر ٢٥٨/١ ، الفتاوى الاسعدية ٥٧/٢ .

(٢) مخطوطة جامع الصدر الشهيد في ترتيب الجامع الصغير ٦٢/١ .

(٣) البدائع ٢٦٧٨/٦ .

### الكامل بن الهمام :

وقال ابن الهمام عن الاستصناع بأنه « جاز استحصانا (٤) » .

### السمرقندي :

أما السمرقندي في تحفة الفقهاء .. فمقد ذكر كلاما عن الاستصناع فقال « والقياس أنه لا يجوز وفي الاستحصان جائز (٥) » ..

### أبو بكر بن المنذر :

ويقول أبو بكر بن المنذر في مخطوطته « وقال أبو حنيفة هو جائز .. وللمستصنع الخيار إذا رآه مفروغا منه (٦) » ..

### الفرع الثاني : رأي المسانعين للاستصناع :

نقل لنا بعض فقهاء الحنفية رأي زفر في الاستصناع وبينوا أن زفر يرى عدم جواز عقد الاستصناع .

قال ابن الهمام (٧) : « والقياس أنه لا يجوز وهو قول زفر (٨) » ..

والقياس من الأدلة القوية على المنع وبه قال جمهور الحنفية أنفسهم .. إلا أن الجمهور أجازوا الاستصناع بالاستحصان .. والذي أراه أن زفر لا يأخذ بالاستحصان لذا .. منعه .

### ✽ المبحث الثاني :

### ✽ الأدلة :

### الفرع الأول : دليل المشروعية عند أصحاب الاتجاه الأول :

### المطلب الأول : أدلة المجيزين للاستصناع :

يرى جمهور الحنفية .. أن الاستصناع جائز استحصانا (٩) .. وأنه عدل من القياس الذي بمقتضاه يكون الاستصناع غير جائز .

(٤) شرح فتح القدير ٢٥٥/٥

(٥) تحفة الفقهاء ٥٣٨/٢ .

(٦) انظر مخطوطة الاثراف لأبي بكر بن المنذر ص ٢٧ وما بعدها .

(٧) انظر فتح القدير ٢٥٥/٥ .

(٨) زفر بن هنبل بن قيس المنبري البصري صاحب أبي حنيفة — ولد سنة ١١٠ هـ — وتوفي سنة ١٥٨ هـ .

(٩) انظر شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٥٥/٥ ، البدائع ٢٦٧٨/٦ الغناوي السعدية ٥٧/٢ ، تحفة الفقهاء ٥٣٨/٢ .

## وجه الاستحسان (١٠) :

ووجه الاستحسان هو (١١) : التعامل بين الناس لهذا العقد .. فان هذا التعامل الدال على الاجتماع العملى من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير .. يعتبر حجة للعمل به .

والاجماع العملى هذا .. اعتبره الحنفية حجة قوية استنادا الى قول النبى صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن .. وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح (١٢) » .. فتعامل الناس بالاستصناع وتعارفهم على عدم تحريره واستمرار هذا التعامل من ذلك الوقت وعلم العلماء به دون نكير منهم على هذا التعامل يعتبر بحق دليلا قويا على جواز هذا التصرف وابعاحه هذا النوع من التعامل .

(١٠) الاستحسان له تعريفات كثيرة نذكر منها ما استقر عليه رأى المتأخرين كالسيد فى حاشيته على المعتمد ٢٨٨/٢ فانه يرى ان الاستحسان عبارة عن دليل وتأييد القياس الجلى الذى تسبق اليه الأنعام .. وهو حجة لان ثبوته بالدلائل التى هي حجة اجباعا .. لانه ثابت اما بالاثار كالسلم والاجارة .. واما بالاجماع كالاستصناع واما بالضرورة كطهارة الحيض والابار .. والاستحسان يراد به فى الغالب قياس خفى يقابل قياسا جليا .

وعلى هذا فان الاستحسان على هذه التفسير ليس دليلا خارجا عما ذكر من الأدلة ومن قال به من العلماء هم الحنفية والحنابلة ومن انكره الشافعى .. فقال الشافعى : من استحسنى فقد شرع .. يعنى من اثبت حكما بانه مستحسن عنده من غير دليل من قبل الشارع فهو الشارع لذلك الحكم لانه لم يأخذه من الشارع وهو كثر أو كبر .

قال المعتمد : والحق انه لا يحقق استحسان بخلاف فيه لأن من أخذ به ذكر فى تفسيره ابورا لا يصلح محيلا للخلاف .. لان بعضها مقبول اتفاقا وهو التعريف السابق للاستحسان .. وبعضه متردد بين ما هو مقبول اتفاقا وما هو مردود اتفاقا . (١١) جاء فى نظرية الضرر لضرير ص ٥٩٩ : الاستحسان لابد له من مستند يستند منه حجته .. وهو ما يعبر عنه بوجه الاستحسان فقد تتبعنا المواطن التى ذكر فيها الحنفية الاستحسان .... فوجدت انهم يوجهون الاستحسان فيها ثارة بالحاجة ، وثارة بالتعامل .. وقد عرفنا ان التعامل يرجع الى الحاجة .. فيكون الاستحسان راجعا الى الحاجة .... والناتج ان التعامل والاستحسان ليسا بمعاملين منفصلين عن الحاجة .. فالحاجة هي الأصل والتعامل والاستحسان يرجعان اليها .. ولا يتصور تعامل من غير حاجة .. كما ان الحاجة العامة او الخاصة لا تعرف الا عن طريق التعامل العام او الخاص .

(١٢) عن عبد الله بن مسعود ... رضى الله عنه ... قال : « ان الله نظر فى قلوب العباد فوجد قلب محمد صلى الله عليه وسلم خير قلوب العباد ، فاصطفاه لنفسه فابنته برسالته .. ثم نظر فى قلوب العباد فوجد قلب محمد فوجد قلوب اصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه فما رأى المسلمون حسنا فعند الله حسن ، وما رأوا سيئا فهو عند الله سيء » .. رواه الإمام أحمد فى مسنده ٢٧٩/١ .

قال القسطلاني (١٢) عند تعرضه لحديث الخياط « ان فيه جواز الاجارة على الخياطة ردا على من ابطالها بعله انها ليست بأعيان مرئية ولا صفات معلومة » .

وفي صناعة الخياطة .. معنى ليس في سائر ما ذكره البخاري من ذكر القين والصائغ والنجار .. لأن هؤلاء الصناع انما تكون منهم الصناعة المحضة بما يستصنعه صاحب الحديد والخشب والفضة والذهب .. وهي أمور من صناعة يوقف على حددها ولا يخلط بها غيرها .

والخياط .. انما يخطط الثوب في الاغلب بخيوط من عنده .. فيجتمع الى الصناعة الآلة .. واحداها معناه التجارة .. والأخرى الاجارة .. وخصه احدهما لا تتميز من الأخرى ، وكذلك هذا في الخراز والصباغ اذا كان بخيوطه .. ويصبغ هذا بصبغه على العادة المعتادة فيما بين الصناع .. وجميع ذلك فاسد في القياس ..

الا أن النبي صلى الله عليه وسلم وجددهم على هذه العادة أول زمن الشريعة فلم يغيرها .

اذ لو طولبوا بغيره لثيق عليهم فصار بمعزل عن موضع القياس .. والعمل به ماض صحيح لما فيه من الارفاق » .  
وجه آخر للاستحسان :

وهناك وجه آخر للاستحسان وهو الحاجة (١٤) الماسة الى هذا العقد .. فالانسان قد يحتاج الى اى مصنوع من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة .. وقلما يتفق وجوده على المطلوب فيحتاج الانسان الى أن يستصنع غلو لم يجز لوقع الناس في ضيق وخرج .. ولا خرج في الدين فهو يسر لا عسر فيه .. وما جعل الله علينا في الدين من حرج .. والا فكيف يبسر للناس الوصول الى ما يريدون من الصناعات المختلفة اذا أغلقنا باب الاستصناع في وجوههم .. مع أن الاستصناع هو اقرب طريق للانسان يصل به الى تحقيق احتياجاته وتيسير حياته ، واستمرار هذه الحياة .

---

(١٢) ارشاد الساري للقسطلاني ٦٦/٥ ، ٦٧

(١٤) جاء في نظرية الفرر للفرير ص ٥٩٩ : ان الحاجة هي : ان يصل المرء الى حالة بحيث لو لم يتناول المنوع يكون في جهد ومشقة .. ولكنه لا يملك .. فالحاجة الى عقد من المعتود تكون في حالة ما اذا لم يبشر المرء ذلك العقد كان في مشقة وخرج .

والاستصناع أكثر تجاوبا مع الحضارة التي توسع افقها في بلدان كثيرة .. كـ بغداد وما جاورها والمغرب العربي وما يحيط بها من البلدان .. مما حدا بفقهاء تلك الأمصار الى حل مشاكل الناس حسب روح الشريعة الإسلامية السحاء .. فأجيز هذا النوع من التعامل العقدي .. وذلك لعدة أسباب منها انعدام الغرر فيه المؤدى الى المنازعة .. وانعدام الجهالة المؤدية الى القطيعة والمشاحنة .

وفيه تيسير على الناس وتوسيع لباب المعاملات بما يحقق للمسلمين استقرارهم وازدهار حضارتهم .. فالتشريع الإسلامي لا يضيق ولن يضيق عن استيعاب كل ما يعود على البشرية من خير .. سواء في معاملاتهم أو في تحقيق أمنهم أو في رفع مستواهم البشرى والحضارى والعلمى .

### \* المطلب الثانى :

#### \* السنة :

يرى بعض من أجاز هذا النوع من المعاملات أن جوازه يستند الى السنة النبوية .. فقالوا :

أ - أن حديث استصناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم يدل على أن مشروعية الاستصناع دليلها السنة .. « فقد استصنع الرسول صلى الله عليه وسلم خاتما (١٥) » ونقل شارع المجلة العدلية فقال : الاستصناع « ثبتت مشروعيته بالسنة وإجماع الأمة » .. « أما السنة فقد استصنع النبي صلى الله عليه وسلم الخاتم (١٦) » .

ب - كما يستدل من السنة على مشروعية الاستصناع بما روى من أن الرسول صلى الله عليه وسلم استصنع المنبر (١٧) .

---

(١٥) انظر شرح فتح التدبير ٢٥٥/٥

(١٦) انظر الدرر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣٥٨/١

(١٧) لم يرد الحديث « باستصناع المنبر » وإنما الذى ورد حسب ما نقلت عليه في كتاب السنة هو ما يلى : - روى البخارى في صحيحه عن أبى حازم قال : أتى رجال سهلاً ابن سعد يسألونه عن المنبر فقال : بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ثلاثة امرأة قد سباها سهل : أن ترى غلامك النجار يعمل لى أعواداً ليجلس عليهم إذا كلبت الناس .. فأمرته بعملها من طوء الغابة .. ثم جاء بها فأرسلت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها فأمر بها فوضعت فجلس عليه » -

ولكن حديث استصناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم (١٨) أكثر قبولاً وذلك .. لأن حديث المنبر طال النقاش فيه حول الصورة التي تم بها الاستصناع .. وهل هو استصناع بالمعنى المراد في اللغة الا وهو طلب الصنعة .. أم هو هدية من صانعه للرسول صلى الله عليه وسلم . هذه التساؤلات وغيرها تحولنا للأخذ باستصناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم عن استصناعه للمنبر .

### \* المطلب الثالث :

#### \* الإجماع العملي :

ومن الإجماع العملي استدلل فقهاء الحنفية على مشروعية الاستصناع .. حيث أوردوا أنه ثبتت مشروعية الاستصناع بالإجماع من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا .. دون نكير .

فالإجماع .. منعقد على جوازه للحاجة .. وكذلك فإن الدين يسر .. فالناس احتاجوا لهذا التعامل فعملوا به ولم يجدوا نكيراً عليهم .. ولا عبرة بخلاف البعض .

### \* المطلب الرابع :

#### \* المعقول :

ومن المعقول استدلل الحنفية بأن الاستصناع جائز استحساناً لحاجة الناس إليه تلك الحاجة الماسة مع شرط أن يكون ما يستصنع متعاملاً به بين الناس .

« وفي رواية في البخاري أيضاً عن جابر بن عبد الله ... رضى الله عنها - أن امرأة من الأنصار قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم : يا رسول الله ألا أجعل لك شيئاً تقعد عليه .. فإن لي غلاماً نجاراً قال : أن شئت .. فعملت له المنبر فلما كان يوم الجمعة نعد النبي صلى الله عليه وسلم على المنبر الذي صنع ... الحديث . » (ارشاد المساري للسيستاني ٦٧/٥ - ٦٨ ، انظر فتح الباري للسيستاني ٢٦٨/١)

« قال السيستاني تمثيلاً على هذين الحديثين « ... يحتمل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بلغها أنه يريد عمل المنبر فلما بحث إليها بداته بقولها : ألا أجعل لك شيئاً تنمى عليه فقال لها مري غلامك فعملت له المنبر ... » .

(١٨) ورد الحديث في استصناع الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم في باب المصاد والنون من النهاية في غريب الحديث والأثر ٦/٣ هـ . انصه « اصطنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتماً من ذهب » .. قال ابن الأثير « أي أمر أن يصنع له » كما تقول اكتب أي أمر أن يكتب له .. والطاء بدل تاء الائتمال لأجل المصاد « ... » .

وقيل أيضا .. بأن الاستئذان لما جاز استحسانا لما يلي (١٩) :

١ — للتعامل الراجع الى الاجماع العملى من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٢ — لاستئذان الرسول صلى الله عليه وسلم للخاتم .

٣ — ان جواز هذا العقد داخل ضمن الكثير من المعاملات التى يغتفر فيها جهالة أحد العوضين اذا كانت يسيرة لا تؤدى الى النزاع فى المعاملات .

فمن ذلك ان الرسول صلى الله عليه وسلم أعطى الحجام أجره عندما احتجم عنده مع أن مقدار الحجامة غير معروف عند التعاقد ولا كمية الدم المستخرج (٢٠) .

٤ — ومثل هذا شرب الماء من السقا .. فالتسقا يعطى المساء للعطشان بدون تحديد لكميته .. ولا معرفة لما سيعطى الشارب للماء .. .  
نهى جهالة يسيرة لا تؤدى الى نزاع كما سبق ذكره فى الحجامة ..

٥ — ولسماع النبى صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام .. فأباحه بمنزله ولم يبين له شرطا .. وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه وإلى الآن .. مع عدم ذكر ما يصب من المساء ولا مدة المكث ونحو ذلك .

---

— \* وفى الاعتبار ٢٣١ — ٢٣٢ — « روى عن نافع عن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتما من ذهب وكان يجعل اسمه الى باطن كفه .. اذا لبسه فصنع الناس ثم انه جلس على المنبر فنزعه .. وقال ائى كنت البس هذا الخاتم واجعل نصه من داخل .. فسمى به ثم قال : لا والله لا البسه أبدا فنبذ الناس خواتمهم . ثم عقب صاحب الاعتبار فى ص ٢٣٣ : هذا حديث صحيح ثبت وله طرق فى الصحاح فى كتابيهما من عدة طرق »

(١٩) أنظر شرح منج القدير ٢٥٥/٥

(٢٠) روى البخارى عن ابن عباس رضى الله عنهما — قال : « احتجم النبى صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره » قال ابن حجر : احتجم النبى صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره .. وزاد من وجه آخر « ولو علم كراهية لم يقطعه وهو ظاهر فى الجواز » .... وعرف به أن المراد بالكراهة التحريم .. وكان ابن عباس أشار بذلك الى الرد على من قال أن كسب الحجام حرام .

ويقول الكاساني (٢١) : « ويجوز استحساننا لاجتماع الناس على ذلك  
لأنهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير تكبر .. وقد قال رسول الله  
صلى الله عليه وسلم : « لا تجتمع أمتي على ضلالة » (٢٢) .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما رآه المسلمون حسنا  
فهو عند الله حسن .. وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح » (٢٣) .

ولأن الحاجة تدعو إليه فقد يحتاج الإنسان الى خوف أو نعل من جنس  
مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة ..  
وهذا قلما يتفق وجوده مصنوعا فيحتاج الإنسان الى أن يستصنع مثل هذه  
المصنوعات وغيرها .. فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج .

وقال الكاساني أيضا .. « لأن فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم  
والإجارة لأن السلم عقد على مبيع في الذمة .. واستئجار الصانع يشترط  
فيه العمل » .. وما اشتمل على عقدين جائزين كان جائزا (٢٤) .

ويرى صاحب العناية (٢٥) : أن كان قد توفر في الاستصناع شرط  
التعامل فيجوز استحساننا .. ووجه الاستحسان عنده : الاجتماع الثابت  
بالتعامل فإن الناس في سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل  
من غير تكبر .. أما القياس فيترك بمثله كدخول الحمام .

---

— واختلف العلماء في هذه المسألة .. فذهب الجمهور الى أنه خلال واحتجوا بهذا الحديث  
« ..... » . انظر فتح الباري ٣٧٧/٤ ط دار المعرفة بيروت .

(٢١) البدائع ٢٦٧٨/٦

(٢٢) جاء في السنن لابن ماجه ١٢٠٣/٢ حدثني أبو خلف الأعمى قال : سمعت انس  
ابن مالك يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « أن أمتي  
لا تجتمع على ضلالة .. فإذا رأيتم اختلافنا فاعلموا بالسواد الأعظم » .. وفي إسناده  
أبو خلف الأعمى وأسمه حازم بن عطاء وهو ضعيف .. وقد جاء الحديث بطرق كلها  
نظر .. قاله العراقي في تخريج أحاديث الميهنا وفي حاشية السنن « قال  
السيوطي : في تفسير « السواد الأعظم » أي جماعة الناس الذين يجتمعون على  
سلوك المنهج المستقيم والحديث يدل على أنه ينبغي العمل بقول الجمهور » .

(٢٣) سبق تخريج هذا الحديث في ص ٩٧ .

(٢٤) البدائع ٢٦٧٨/٦

(٢٥) انظر العناية مع فتح القدير ٣٥٥/٥ وما بعدها .



وأما صاحب تحفئة الفقهاء فقد قال (٢٦) : ان الاستصناع جائز استحسانا لتعامل الناس فلا جرم عنده أنه أختص بالجواز . . ان كان متعاملا به في الخف مثلا والقلنسوة والأواني ونحوها . . بعد بيان القدر والصفة والنوع .

وخلاصة القول : ان مشروعية (٢٧) هذا العقد مستندة السنة والاجماع العملى والاستحسان وقد فصلنا القول بها فيها سبق .

### الفرع الثانى : أدلة المانعين :

سبق وأن بينت أن زجر منع الاستصناع للقياس فهو دليل قوى بالنسبة لزجر لكونه لم يأخذ بالاستحسان . . وهذا كل ما يمكن أن يقال عن أدلة المانعين للاستصناع .

### المناقشة وال ترجيح :

ما اطلعنا عليه . . فان المانعين والمجيزين لم يحصل بينهم اى نزاع ولم يذكر شرح لسبب المنع . . لذا سيكون الرجوع في هذا الموضوع هو رأى المجيزين للاستصناع لادلهم التى ذكرناها آنفا وهى الاستحسان والسنة والاجماع العملى الذى هو حجة عند المجيزين وغيرهم .

\* \* \*

(٢٦) تحفة الفقهاء ٢/٢٨٥

(٢٧) جاء عن القسطلانى في شرحه لحديث الخياط الذى رواه البخارى ان : في الحديث جواز الاجارة على الخياطة ردا على من ابطالها بعللة انها ليست باعيان مرنية ولاصفات معلومة وفي صنعة الخياطة معنى ليس في سائر ما ذكره البخارى من ذكر القطن والصاغ والنجار لان هؤلاء الصانع انما تكون منهم الصنعة المحضة فيها يستصنع صاحب الحديد والخشب والفضة والذهب وهى تور من صنعة يوتف على حدها ولايخلط بها غيرها . والخياط انما يخيظ الثوب في الاغلب بخيوط من عنده . فيجتمع الى الصنعة آلة واحداها معناه التجارة والاخرى الاجسارة وجصة احداها لانتباز من الاخرى . . . . . وجميع ذلك فاسد في القياس . . الا ان النبى صلى الله عليه وسلم وجدهم على هذه العادة اول زمن الشريعة فلم يغيرها اذ لو طولبوا بغيره لاشق عليهم فصار بمنزل من موضح القياس . . والعمل به مانع صحيح لما فيه من الاتفاق . ارشاد المسارى القسطلانى ٦٦/٥ - ٦٧

### \* البحث الثالث :

#### \* حكمة مشروعية عقد الاستصناع :

بعد استعراضنا للاستصناع كمعقد مستقل ، وبيان حكمه ، وهل هو مشروع أم غير مشروع .. وعرفنا أنه مشروع وبيننا أدلته والراجع فيه أنه مشروع .

فيحسن بنا ان نذكر الحكمة التشريعية لهذا العقد فنقول : ان الاسلام قائم على اساس حفظ النفس والبدن والمال وغيرها مما يسمى بحفظ الحاجيات .

وهذا يحتاج الى امور تعين على قضاء هذه الحاجيات .. ومن ذلك المواد التي غالباً ما يسد الانسان حاجياته بها .. كالمصنوعات التي ما فتئت تتغير من زمن الى آخر ومن مكان الى آخر .. وتتطور تطوراً كبيراً .. فالاسلام يضع الاسس العامة للتعامل بهذه الصناعات ولهذا شرع الاستصناع لهذا الغرض .

والسلم وحده لا يسد كل الحاجيات هذه والتي كما قلنا تطورت جوانبها من زمن بعيد .. وكذلك الاجارة على العمل وحدها لاتسد كل هذه الحاجيات .. وتطبيقاً لقول الله تعالى : ( اليوم اكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام ديناً (٢٨) .

لابد وبالضرورة ، ووفقاً لما قاله الله تعالى ان تكون هذه المعاملات لها حل في الاسلام .. فكان للفقهاء رأى في المعاملات التي يحتاجها الناس في حياتهم بسواء كانت هذه المعاملات بيعاً أم سلماً أم استصناعاً أم مضاربة ..... الخ .

ولكى يسير الناس على هدى من نظام دقيق واضح في معاملاتهم .. وبذلك يقضى على اسباب الشكوى واساس النزاع .. ويتوافر للناس كل مقومات حياتهم بلا مشقة او ضرر مع ترك ما يخالف منهج الله كالربا والجهالة والفرر .

وموضوعنا عقد الاستصناع .. هو عقد لايدخل فيه شيء مما نهى الله عنه من هذه الامور ان تعومل به وفق احكامه العامة والخاصة من كل

---

(٢٨) المسألة/٤

جوانبه .. فقد شرع هذا العقد لسد حاجيات الناس ومتطلباتهم ..  
فالصانع يحصل له الارتفاق ببيع ما يبتكر من صناعة هي وفق الشروط  
التي يهليها المستمنع كالمواصفات والمقاييس وغير ذلك .

والمستمنع يحصل له الارتفاق بسد حاجياته بوفق ما يراه مناسبا  
لنفسه وبدنه وماله وحاجياته .. لما الموجود في السوق من مصنوعات  
سابقة الصنع .. فقد لايمد الاتساع حاجياته بها لسبب أو آخر ..  
فلا بد من الذهاب الى من لديه الخبرة والابتكار .. وهذه قد تتضح اكثر  
لو تطلعنا الى حاجيات الدول غيما بينها والشركات كبرها وصغيرها الى  
الصناعات الحربية والاقتصادية والتعليمية والصحية وما الى ذلك .

فعندئذ .. لما تقضى حاجات الناس جميعا افرادا وشركات ودولا  
على وفق منهج شرع الله . تحل مشاكلهم ويزدادوا طمأنينة في هذه الحياة  
البالية الفانية ..

\* \* \*

## الفصل الثانى : حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثانى

### وصلته بالسلم

#### \* المبحث الاول :

#### \* حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثانى :

#### تمهيد :

ان عقد الاستصناع لم يكن مستوفيا للبحث عند أصحاب الاتجاه الثانى « المالكية ، الشافعية ، الحنابلة » .. لذا .. سأورد موقف أصحاب الاتجاه الثانى من الاستصناع وأبدأ بالمالكية .. حسب الترتيب التاريخى .

#### الفرع الأول : حكم الاستصناع عند المالكية :

قلنا ان المالكية الحقوا الاستصناع بالسلم .. وانهم يريدون به طلب الصنعة على اساس السلم .. وباحكامه .. فياخذ بناء على هذا شروط السلم .. وبما أننا سندرس الاستصناع ذلك العقد المستقل ذو الأحكام الخاصة به ، والشروط المنفرد بها . فيكون بحثنا فى حكم الاستصناع عند المالكية خاص ببيان وجهة نظرهم منه .

فاكثر فقهاء المالكية وخاصة شراح خليل .. وعند البحث فى السلم .. يعرجون الى ما يجوز السلم فيه وما لا يجوز .

فابن رشد .. قلنا انه عند كلامه عن السلم .. ذكر (١) لنا نقطة مهمة يبدووا انها ذات مكانة عظيمة فى عصرهم .. الا وهى السلم بالصناعات .. فأدخلوا حكم التعامل بالصناعات فى السلم وبينوا ما يجوز فيه ، وما لا يجوز واشترطوا شروطا لما يجوز فيه حتى يبعد عن المنع فقال ابن رشد : السلم بالصناعات .. وتحتة قسم التعامل بالصناعات الى اربع حالات منها : حالة ما اذا لم يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله .. ولم يعين المعمول منه .. فأعطى ابن رشد هذا النوع حكم السلم .

---

(١) القدمات لابن رشد — طبعة بولاق ص ٥١٢

أما خليل في مختصره (٢) وشراحه فليس من كلامهم عن السلم .. وبالذات فيما يجوز السلم فيه وما لا يجوز أنهم بحثوا مسألته بعد مسألة الشراء من دائم العمل ومثلوا للشراء من دائم العمل بالخيار .. فجازوا هذا على أنه بيع .. ثم قالوا : فإن لم يدم « أي أن البائع غير دائم في عمله بل مؤقت » .. فهو سلم بأحكامه .. ومن الذي يشبه السلم أيضا الاستصناع .. وعندهم : الاستصناع الذي يشبه السلم يجوز التعامل به على أنه سلم سواء كان الصانع دائم العمل أم غير دائم العمل بأن كان وقتيا أو موسميا مثلا .

وفي حاشية المدنى (٢) : لو أعطى للصانع الذى يصنع الأجر أو الجيار ثمن شيء معلوم وأخذ منه حالا أو الى أجل قريب أو بعيد لجاز ذلك .. على أنه سلم .

وجاء في الشرح الصغير (٤) : مايدل على أن استصناع السيف أو السرج أو الثوب أو الباب ونحو ذلك من حداد أو سروجى أو حائك أو نجار على صنعة معلومة وبثمن معلوم جائز .. وهو سلم يشترط فيه شروطه المعروفة .

لهذا .. نجدهم يشترطون أن لايعين العامل ( الصانع ) ولا الممول منه ( المستصنع فيه ) في الاستصناع ..

جاء في المدونة (٥) غان اشترط أن يعمل هو نفسه أو اشترط عمل رجل بعينه قال « لايمكن هذا سلفا لأن هذا الرجل سلف في دين مضمون على هذا الرجل وشروط عليه عمل نفسه وقدم نقده .. فهو لايدرى ليسلم هذا الرجل الى ذلك الأجل فيعمله له أم لا ؟ فهذا من الغرر وهو أن سلم عمله له .. وإن لم يسلم ومات قبل الأجل بطل سلف هذا .. فيكون الذى اسلف اليه قد انتفع بذهبه باطلا » .

وفي تعيين المستصنع فيه جاء أيضا في المدونة : بأنه اسلفه كما وصف في المسألة الأولى السابقة الذكر « في تعيين العامل » على أن يعمل له ما

---

(٢) مختصر خليل مع مواهب الجليل للحطاب ١٤/٢

(٣) حاشية المدنى على الرهونى ٢٥٢/٣

(٤) الشرح الصغير للرددير ٢٨٧/٣

(٥) المدونة لمسالك ١٩/٦

اشترط عليه من حديد قد اراه اياه ، او ظواهر او خشب او نحاس قد اراه اياه .. قال مالك - رحمه الله - لايجوز ذلك .. لانه لايدري ايسلم ذلك الحديد او الظواهر او الخشب الى ذلك الاجل أم لا .. ولايكون السلف بشيء بعينه ..

### مسألة الشروع في الصنع :

ان التعاقد مع صانع شرع في عمل مصنوع مسبقا على ان يكمله على صفة معينة نظير عوض معين .. جائز .. ان شرع في الصنع ليكمله بالفعل وفي الحال او لمدة قليلة كخمسة عشر يوما فاقبل ..

اما اذا كان غير ذلك بان تاجل اكثر .. فلا يجوز .. لانه يكون من قبيل بيع مبيع معين تاخر قبضه وتسليمه .

وللجواز .. يشترط ان يكون عند المانع من المادة الخام مايسطيع ان يكمله منه .. اذا صنعه .. بحيث اذا لم يات على الصفة المطلوبة كسره واعاده وكمله مما عنده من المادة الخام .

قال الدردير (١) : « وجدت نحاسا يعمل طشتا او حلة او تورا او غير ذلك فقلت له كمله لى على صفة كذا بدينار .. يجوز .. ان شرع في تكمله بالفعل او بعد ايام قلائل كخمسة عشر يوما فاقبل » .

وقال الدسوقي (٧) : « ومحل الجواز اذا كان عند النحاس نحاسا بحيث اذا لم يات على الصفة المطلوبة كسره واعاده وكمله مما عنده من النحاس .

راينا في المسألة : من هذا كله .. نخلص الى ان مسائل الاستصناع داخلة في السلم بكل جوانبه .. وهو جائز عند الملكية .. فيأخذ عندهم حكم السلم بشروطه .

والسلم جائز استثناء من بيع مائيس عند الانسان (٨) .. وبمسا ان السلم ليس بموضوعنا وانما نعرض عليه ، ويكون التفصيل في ذلك مكانه كتب الفروع .

---

(٦) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١٩٤/٢

(٧) حاشية الدسوقي ١٩٤/٢

(٨) الحطاب على خليل ١٤/٢

أما مسألة الشروع في العمل التي أوردتها المالكية فهي موافقة لبعض صور الاستصناع عند الحنفية وأنه بيع وليس بسلم بشرط أن تكون المادة المطلوب صنعها موجودة وذلك منعا للمنازعة بحيث يقدر الصانع على تسليم ما تعهد بصنعه سواء وافق المصنوع المستصنع من أول مرة أو بعد كسر المصنوع وإعادة صنعه مرة أخرى .

وأرى أن هذا تجديد في المذهب كما نفهم من عبارة الحريري وأنه لاخلاف بين مذهب الحنفية والمالكية في جواز هذا المقصد إلا من حيث الشكل فقط .

فالمالكية .. يرونه بيعا موجودا معينا .. والحنفية يرونه بيعا موصوفا في الذمة وهذا خلاف شكلي إذا نظرنا الى عرف الناس اليوم .. وأنهم لايشترطون البدء بالصناعة لمورا ، وإنما الشرط هو في موعد التسليم .. وأن الصانع سواء كان فردا أو شركة يبدأون في الغالب فور التعاقد على الشيء المطلوب صنعه في العمل فيه ولهذا .. يضربون أجلا للتسليم بقصد الاستعجال لا الإهمال .

\* \* \*

## الفرع الثانى :

### حكم الاستصناع عند الشافعية :

لو تصفحنا كتب الشافعية لوجدنا ان التعامل فى المطلوب صنعه والمحتاج اليه فى الحياة العملية .. داخل فى باب السلم .

فقهاء الشافعية (٩) .. جوزوا السلم فى كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته .. فعندما يراد صنع مائدة من الخشب أو الحديد أو الألمنيوم أو من أى شئ آخر من المواد الخام التى انعم الله علينا بها .. لاستطعنا ان نعرف كيف نصل الى ما نريد سواء كان عن طريق الاجارة والمادة من عند المستصنع أو عن طريق السلم عند الشافعية .

ولكن الشافعية .. لايجوزون هذا التعامل كغيرهم من اصحاب الاتجاه الثانى الا اذا ضبطت صفات المطلوب صنعه .. لان مالا تضبط صفاته يكون مجهولا والمجهول لايجوز التعاقد عليه سواء بالبيع أم بالسلم لم بالاجارة .

ولكن .. ماهى المعانى التى تحملها هذه الضوابط التى يطلبها الشافعية فى السلم بالصناعات ؟  
ينقل لنا الركبى عن الهروى قوله (١٠) « الضبط : لزوم الشئ بقوة ، ورجل ضابط قوى شديد البطش » .

وقال الركبى (١١) : ان ضبط الشئ حفظه بالجزم ، والرجل ضابط أى حازم .

ومن الامثال التى ساقوها فى هذا المضمار بخصوص المواد الخام والمطلوب صنعه من الحاجيات هى الائمسان ، والحبوب ، والثياب ، والفخار ، والزجاج .

لهذا نجد الشافعية .. لايجوزون السلم بهذه الاشياء المذكورة املاء الا اذا كانت مادته مضبوطة الاوصاف .. أى حفظت بقوة بحيث لايردى التعامل بها الى الجهل « والغرر بلا حاجة (١٢) » .

(٩) المهذب للشرازى ٢١٧/٢

(١٠) النظم المستعجب مع المهذب للركبى ٢١٧/١

(١١) تنس المصدر السابق .



أما السلم بالأوانى المصنوعة والمختلفة الأعلى والأسفل كالابريق ،  
والمنارة (١٢) ، والكرازة (١٤) ظلم فيها وجهان :

**الوجه الأول :** لا يجوز السلم بها .. وذلك لأنها مختلفة الأجزاء ،  
ظلم يجر السلم فيها كالجلود .

**الوجه الثانى :** يجوز السلم بها .. لأنها يمكن وصفها .. فجواز  
السلم فيها كالأسطال المربعة والمصاحف الواسعة (١٥) .

بعد هذا كله .. نستطيع القول .. بأن طلب الصنعة درس دراسة  
لا بأس بها عند الشافعية .. إلا أنهم جعلوه ضمن أحكام السلم .. فهم  
استعملوا الفاظا تنبئ عن هذا الاهتمام وتزيدنا بمعرفة حكمه عندهم .

جاء فى المذهب (١٦) «يجوز السلم فى كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته»  
.. ومثل لهذا بأشياء تدل على أنها لا تباع إلا بعد صنعها كالفضار ..  
وجوز أيضا التعامل بالورق المصنوع .. لأنه معلوم القدر ، ومعلوم الصفة ..  
أما فى صبغ الغزل ونسجه .. فيقول صاحب المذهب (١٧) « ويجوز فيها صبغ  
غزله ثم نسج لأنه بمنزلة صبغ الأصل » .

وفى الثياب .. قال الشيرازى أيضا : واختلف أصحابنا فى الثوب  
المعمول من غزلين .. فمنهم من قال : لا يجوز .. لأنهما جنسان  
مقصودان ، لا يتميز أحدهما عن الآخر فأنشبه الغالية .

---

(١٢) المنارة : الأصل منورة ظلت الواو ألفا لتحركها ، والمفتاح مقبضها . موضع النور  
كالمنارة . والمنارة : الشمعة ذات السراج وفى الحكم « المسرجة » وهى التى يوضع  
عليها السراج . قال أبو ذؤيب : وكلاهما فى كفه يرينه . \* فيها سنان كالمنارة أصلح  
أراد أن يشبه السلطان فلم يستقم له فأتبع اللفظ على المنارة وقوله أصلح يريد أنه  
لا صدا عليه فهو يبرق » .. شرح القاموس لمحمد الزبيدى / (مصل النون من باب  
الراء .

(١٤) الكرازة : كوز ضيق جمع كرازان كغراب جمع غرابان . وقال ابن فريد : ولا أدرى  
أعربى هو أم معرب .. غير أن العرب قد تكلموا به » .. شرح القاموس / باب  
الزاي .

(١٥) فمن فى كلام الشافعية بالوجه الثانى تجد أنهم يعملون ذلك بكونها يمكن وصفها ..  
ومثلوا بالأسطال المربعة . أى أنه يجوز فى الأوانى المختلفة الأعلى والأسفل كما  
يجوز فى الأسطال المربعة .

أذن .. صنع الأسطال والمصاحف الواسعة يكون وصفها ممكنا وسهلا ..  
ومن كلامهم أن السلم بالأوانى جائز إذا كانت مشبوطة الأوصاف نستخلص جواز  
السلم فى الأموال المصنوعة باليد قديما .. وبالمسكينة حديثا .. لا بل التى تصنع  
بالمسكينة أقرب للجواز .. لأن الذى يخرج منها من القاج مقصود إلى حد كبير .

(١٦) المذهب ٢٩٧/١

(١٧) نفس المصدر السابق .

ومنهم من قال يجوز .. لانهما جنسان يعرف قدر كل واحد منهما ..  
وفي روضة الطالبين للنووي (١٨) : يجوز السلم في الكاغد عددا ..  
ويبين نوعه وطوله .. والكاغد : هو من مصنوعات الورق غالبا .

### الصناعة بالقالب :

ان اكثر الصناعات الحديثة يتم عن طريق التفنن بالشئ وضبط  
صنات المطلوب صنعه حسب المواصفات .. ثم يتم صنعه عن طريق  
القالب المصبوب بالماكنة أو الفرن . وإذا كان كذلك .. فالتعامل به  
يبعد الغرر والجهالة الى حد كبير .

لهذا .. نجد هذه النقطة قد أثارها النووي حيث جوز السلم فيها  
يصب منها في القالب لعدم اختلافه (١٩) .

### علة المنع عند الشافعية :

بعد ان عرفنا ان الشافعي يمنع الاستصناع ان لم تضبط صفات  
المستصنع فيه . وذلك في حالة كون المستصنع فيه يشمل مادتين فأكثر  
ويجوز مطلقا بلا شرط ان كان من مادة واحدة .

فيكون الاستصناع جائز عند الشافعي ان ضبطت صفاته ، وأبعدت  
كافة الأمور المؤدية للمنازعة .

وكذلك يفهم ذلك من كلام فقهاء الشافعية .. كتجوز النووي (٢٠) للسلم  
في الصناعات التي تتم بالقالب .. انما مؤداة ضبط المطلوب صنعه .. وفي  
القالب يتم هذا الضبط .

وقول النووي (٢١) : في الأسطال المربعة .. وهي المسادة المطلوب  
صنعها في الحياة العملية لكثير من البشر .. والمكونة عادة في وقتنا الحاضر  
من الحديد أو النحاس أو الصخر أو البلاستيك .. وتشديده الامام  
النووي (٢٢) في مسألة صنع الثياب ان يذكر جنس الخيط كان يكون من

---

(١٨) ٢٨/٤

(١٩) نفس المصدر السابق .

(٢٠) روضة الطالبين للنووي ٢٨/٤

(٢١) نفس المصدر السابق .

(٢٢) نفس المصدر السابق ٢٥/٤

ابريسم او قطن او كتان . والنوع ، والبلد الذي ينسج فيه ان يختلف به الغرض . . الى ان يذكر : ويجوز السلم في القمص والسراويلات اذا ضبطت طولاً ، وعرضاً ، وسعة ، وضيقاً (٢٣) .

فعلى هذا . . نجد ان اصحاب الشافعي يتفقون مع الامام الشافعي في جواز السلم بالصناعات ان كان من مادة خام واحدة او اكثر بشرط ضبط الصفة .

اما قول صاحب المذهب (٢٤) : بانه لايجوز السلم فيما يجمع اجناساً مقصودة لا تتميز كالفالية . . والسبب في هذا المنع لان الفالية تكون عادة من عدة مواد خام . . فهي تكون عادة من الكافور والعنبر المخلوط بماء الورد .

#### راى المطيعي (٢٥) :

ثم جاء المطيعي في تكميلته للمجموع للتووي . . فتكلم عن الصناعات في باب السلم فادخل في هذا النوع من العقود كثيراً من المصنوعات الحديثة . وجوز (٢٦) التعامل بها على اساس طلب الصنعة واعطاها حكم السلم .

ومن الصناعات التي جوز السلم بها الثلاثجة ، والفسالة ، والمذباغ ، والمحركات بأنواعها . . . . . الخ ، مما هو واقع في عصره . . الا انه شدد على مسألة ضبط الصفة كالشافعي وهي امر هين على ما يقول . . فان المصانع ترسل سجلاً لكل آلة يصنعونها يبين فيها نوع المسادة المصنوع منها والشيء الذي تم به الصنع ووزن المسادة وصفتها . . الخ . مما لا يخفى على كل واحد منا .

---

(٢٣) نفس المصدر السابق.

(٢٤) المذهب للشيرازي ٢٩٧/١.

(٢٥) للمطيعي : هو محمد بن نجيب من العلماء المعاصرين وقد قام مشكوراً بتكملة المجموع

التكملة الثانية وحقق أحاديثه وطبعه طبعة جديدة

(٢٦) تكملة المجموع ١٢/١٣٠

### رأى أبو سنة ومناقشته :

يرى الشيخ / أحمد فهمى أبو سنة .. أن الاستصناع جائز كما في كتب الشافعية (٢٧) وهو المنقول في كتبهم .. فقد قال : المنقول في كتب الشافعية أن منع هذه الصورة إنما يكون غيما لا ينضبط مقصودة بأن يجمع أجناسا مقصودة لا يعلم مقدار كل واحد منها كالخفاف والثياب المصبوغة والغالية .. بخلاف ما انضبط مقصوده .. بأن كان من جنس واحد أو من جنسين معلوم مقدار كل منهما .... وهم أولى بنقل مذهبهم « .

ولا أدري كيف بنى أبو سنة رأيه على جواز الاستصناع عند الشافعية بهذه المعجالة مع أنه رجع في كلامه الى مصدرين من مصادر الشافعية وهما : المذهب والمحلى وكلاهما لم يذكر هذا الرأي .. سوى أن . صاحب المذهب والمحلى جوزا السلم بالصناعات .. بشرط ضبط الصفة على ما ذكرناه سابقا .. ولكن لم يذكر جواز الاستصناع .

ولكن يمكن أن يكون فهم أبى سنة هذا كفهنا من أن تجوزهم للسلم بالصناعات بشرط ضبط الصفة .. يفهم منه الجواز لطلب الصنعة الذى هو الاستصناع لغة .

ولكن تجوزهم للسلم بالصناعات بلا شك غيه لمرق كبير بينه وبين الاستصناع موضوع رسالتى .. فالاستصناع الذى أدرسه هو ذلك العقد المستقل .. لذا أردت التنويه أذ أن دراسة السلم له مكان في كتب الفروع لمن أراد دراسته .

### \* الفرع الثالث :

### \* حكم الاستصناع عند الحنابلة :

#### تمهيد :

في هذا الموجز الذى سنذكره نريد بيان حكم الاستصناع عند الحنابلة بعد أن ذكرنا حكمه عند المالكية والشافعية .

---

(٢٧) نظرية العرف والعادة لأحمد فهمى أبو سنة ص ١٣٧ .  
وأحمد فهمى أبو سنة من المعاصرين وهو الآن استاذ في الدراسات العليا بجامعة الملك عبد العزيز .

فالحنابلة .. لم يفرّدوا للاستصناع بابا مستقلا كما فعل الحنفية .. وكذلك لم يتكلموا عنه في السلم كما فعل المالكية الذين شبهوه بالسلم أو كما فعل الشافعية في أدراج مع مسائل السلم بل ذكروا السلم في الصناعات . ولهذا اتكلم عن ذلك فيما يلي :-

#### السلم في الصناعات عند الحنابلة :

تكلم الحنابلة عن السلم بالصناعات كفرهم من الفقهاء .. فالحنابلة يجوزون السلم في كل ما يوزن ويكال مما يضبط بالصفة التي تختلف الاثمان باختلافها (٢٨) ..

ففي مسألة بيع المخروع من الثياب والخيوط والثوب المختلف الغزول كقطن وبريسم .. أو قطن وكتان .. فإنه يجوز بيعها من طلب الصنعة . بشرط ضبطها (٢٩) وذلك بأن يقول السدي « ابريسم » ، واللحمة « كتان » (٣٠) ونحوه .. وهذا ما هو واقع في تعامل الناس الآن .. من أن تكون الثياب المطلوب صنعها محددة النوع فيقال في ورقة البيع لكل سلعة مثلا ٦٥ ٪ قطن ، ٣٥ ٪ حرير .

#### نوع الأموال المصنوعة :

لم يقيد الحنابلة في السلم بالصناعات نوعا معينا في التعامل بها .. بل اطلقوا الجواز .. لكن بشروط السلم المعروفة .

فالكاغد والأواني والثياب وغير ذلك أوردتها الحنابلة حسب ما هو متعامل في تلك العصور .. فهم كالمالكية والشافعية والحنفية في الاطلاق هذا ..

#### صورة أخرى للاستصناع عند الحنابلة :

أردنا بهسدا .. أن نعطي صورة لما أرادوه في النع ليتضح الأمر أكثر .. فقد جاء في مخطوطة الأزهر لكتاب الفروع والمجسدة في مكتبة الأزهر .. تعليق لأحدهم على هذه الصورة فقال (٣١) : « استصناع

---

(٢٨) المنى مع الشرح الكبير ٢/٣٥٦ .

(٢٩) كتاب الغنا ٣/٣٧٧ .

(٣٠) المنى والشرح الكبير ١/٣٦٦ .

(٣١) الفروع لابن مفلح ٢/٢٢ .

سلعة» يعنى : أن يشتري منه سلعة ويطلب منه أن يصنعها له .. «ووضع ذلك بصورة ما إذا اشترى منه ثوبا ليس عنده وإنما يصنعه له بعد العقد .. فهذا باع ما ليس عنده » .

هذا كل ما نقل لنا من رأى الحنابلة فى الاستصناع .. فىكون حكمه إذن عند الحنابلة هو : « المنع » .

**والعلة فى المنع :** هى انه على غير وجه السلم والتي بينها الحنفية بأنها « عدم ضرب الأجل فى الاستصناع » .. فان صح ما قلناه عن العلة فى المنع يكون بالمفهوم أن الاستصناع جائز أن ضرب الأجل .

وسياتى بيان ضرب الأجل أو عدمه عند الحنفية .. أن شاء الله ... فيتضح الأمر أكثر .

**جاء فى الإنصاف (٢٢) ..** لا يصح استصناع سلعة لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم ..

**وجاء فى كشف القناع (٢٢) :** لا يصح استصناع سلعة بأن يبيعه سلعة يصنعها له لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم .. وهو قول القاضى وأصحابه (٢٤) .

#### \* الفرع الرابع :

#### \* خلاصة رأى اصحاب الاتجاه الثانى فى الاستصناع :

مما سبق تبين لنا أن عقد الاستصناع كمقد مستقل لم تهتم به المذاهب الثلاثة ذلك الاهتمام الذى أولاه آياه الحنفية فيما ظهر لى وأطلعت عليه .  
**فالمسالكية :** شبهوا مسائل الاستصناع بمسائل السلم ، وأعطوه حكم السلم .

**أما الشافعية :** فقد منعه عندهم أمامهم الشافعى نقلا عن كتب الحنفية بدون تعقيب ، وتفيد المنع فى كتاب الأم .. فيما إذا كان الصنع يؤدى الى الجهالة المفضية الى المنازعة .. والانهو جائزان استطعنا ضبط الصفات من جميع الوجوه .

(٢٢) الإنصاف للمرداوى ٢/٢٠٠ .

(٢٣) كشف القناع للبهوتى ٣/١٥٤ ، انظر الفروع لابن مفلح ٢/٢٣ .

(٢٤) نفس المصدر السابق .

أما أصحاب الشافعي ومن جاء بعدهم .. فقد ساروا على ما سار عليه أصحاب المذاهب الإسلامية الأربعة على جواز السلم بالصناعات بشروطها عندهم .. لكنهم لم يترضوا للاستصناع لا بالجواز ولا بالمنع .

**وأما الحنابلة :** فقد منع الاستصناع عندهم كما نقل لنا في بعض كتب المذهب لكنهم أجازوا السلم بالصناعات بشروطها المذكورة عندهم .

فجميع أصحاب هذا الاتجاه متفقون في رأيهم في السلم بالصناعات .. ودراستنا للسلم .. ستكون مختصرة ، وذلك اتباما للبحث .. وإن كان مقصودي هو البحث في العقد المسمى مراحة يعقد الاستصناع .. لكن هذا لا يمنع من أن أكتب في السلم بالصناعات وشروطها بصورة مختصرة .

### **\* البحث الثاني :**

#### **\* حكم السلم بالصناعات عند أصحاب الاتجاه الثاني :**

##### **\* الفرع الأول : مشروعية السلم :**

أن أصحاب الاتجاه الثاني ( المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ) كما ذكرنا يرون أن الاستصناع يندرج تحت مسائل السلم بالصناعات .. فلا بد من بيان مشروعيته عندهم .. لذا جئت بهذا المختصر عن مشروعيته عندهم .. ودليل المشروعية شروط السلم بعد ذلك .. فأقول : أجمع العلماء جميعا على مشروعية السلم .. وقد ثبتت مشروعيته بالكتساب والسنة والاجماع .

##### **الفرع الثاني : أدلة المشروعية :**

استدل الجمهور على مشروعية السلم بالكتاب والسنة والاجماع :

**الكتاب :** فمن الكتاب استدل الجمهور بآية : ( يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ) (٣٥) .. قال الطبري : في تفسير هذه الآية حسب ما نقل عن ابن عباس — رضى الله عنه — فقد قال ابن عباس « أشهد أن السلف مضمون إلى أجل مسمى .. وإن الله لحله وأذن فيه ثم قرأ الآية المذكورة أعلاه » (٣٦) ..

(٣٥) البقرة / ٢٨٢ .

(٣٦) جامع البيان للطبري ١١٦/٣ — ١١٧ .

### وجه الدلالة :

أن السلم نوع من البيوع المباحة الى أجل فشملته الآية بعمومها ..  
وإن لفظ الدين الى أجل مسمى يصلح للسلم ويصح إطلاقه عليه .. وبما  
أن السلم بيع فقوله تعالى : ( وأحل الله البيع ) ( ٢٧ ) .. تدل على إباحة  
السلم لأنه بيع .

### السنة :

ومن السنة .. استدلل الجمهور بعدة أحاديث عن الرسول صلى الله  
عليه وسلم ومن ذلك ما روى عن ابن عباس — رضى الله عنهما — قال :  
« قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة  
والسنتين .. فقال : من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى  
أجل معلوم » ( ٢٨ ) ..

### وجه الدلالة :

يستدل من هذا الحديث .. على أن الرسول صلى الله عليه وسلم  
أقر أهل المدينة لما رأهم يسلفون في الثمار .. ولو كان غير مشروع لما  
أقرهم عليه ولنهاهم عنه وبين لهم الصحيح في التعامل بها .

### الاجماع :

أما الاجماع فقد انعقد على مشروعية السلم .. فقد قال ابن رشد ( ٣٩ )  
« أجمع العلماء على جواز السلم في كل ما يكال ويوزن » .

### الفرع الثالث : حكمة المشروعية :

أما حكمة مشروعية عقد السلم فهي تيسير أمور الناس في معاملاتهم  
وذلك لكون بعض الناس يرى أنه محتاج للشيء وهو معدوم .. وعند غيره  
ما يريده .. ولكن ليس لديه المال الذي يدفعه عوضا عنه .. فيأخذ  
منه الشيء المراد على أن يسلمه ما اتفقا عليه في الأوصاف المتفق عليها  
بينهما .. وفي الزمن المحدد وهذا تيسير ما بعده تيسير .

**تنبيه :** ما ذكرناه من دليل وحكمة تشريع بالنسبة للاستصناع باعتباره  
سلما قد أطلقنا فيه الرأي عن المالكية على أنه سلم .. لكننا قد أبنا سابقا  
أن هناك اتجاه ذكره من المالكية الحريير ، والدسوقي في مسألة

( ٢٧ ) البقرة / ٢٧٥ .

( ٢٨ ) رواء الجماعة / منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٢٥٥/٥

( ٢٩ ) بداية المجتهد لابن رشد ١٨/٢ ، انظر المذهب للشراري ٢٩٦/١ .



الشروع في الصنع فيمن رأى شيئاً لم يتم صنعه .. وطلب شراءه مع اتمام صنعه .. وأن هذا جائز عند المالكية بشرط أن تكون المسادة الخام تكفى للصنع لو حدث نقص ولم يرض به المستصنع .. وأن تكون المسدة التي ينتهى فيها صنع الشيء المباع مدة قليلة .. فإن هذا جائز وهو بيع .

ولهذا كان لا بد أن ننبه على أنه بناء على هذا الرأي يكون دليل مشروعية لهذا العقد عند من رأى جوازه من المالكية في هذه الحالة .. هو الدليل الذي قام به على جواز البيع من كتاب وسنة وإجماع ومعقول . فهو نم يخرج عن كونه بيعاً عاماً غير مقيد . وأن الحكمة في تشريعه تلتبس من موقف الشارع الكريم في التيسير على الناس ، ودفع الحرج عنهم ، وأن شروطه العامة هي شروط البيع .

#### **الفرع الرابع : الشروط الخاصة بالسلم :**

بعد ذكرنا لحكم السلم عند الفقهاء ومعرفتنا بأنه مشروع عندهم بالأدلة الواضحة وبيننا حكمة المشروعية . نريد هنا بيان شروط السلم الخاصة . إذ أننا نعرف بأن للسلم شروطاً عامة هي شروط البيع . وقد تكلمنا عنها في المبحث الخاص للشروط العامة . وهنا نذكر شروط السلم الخاصة بصورة مختصرة اكتمالا للمبحث واتماماً للفائدة .

وشروط السلم عند الفقهاء منها ما هو مجمع عليه ومنها ما هو مختلف فيه . فعلى هذا يكون بحثنا على قسمين :

#### **المقسم الأول : الشروط المتفق عليها عند الفقهاء :**

#### **القسم الثانى : الشروط المختلف فيها بين الفقهاء :**

واليك بيان هذين القسمين :

**القسم الأول :** أجمع جمهور الفقهاء على شروط ثلاثة خاصة بالسلم . وهى ما يلى :

**الشرط الأول :** أن يكون المسلم والمسلم فيه مما يجوز فيه النساء (٤٠) .. فيشترط في المسلم والمسلم فيه أن يكونا مما يجوز فيهما النساء وذلك

---

(٤٠) انظر الاختيار ٢٤/٢ وما بعدها ، بداية المجتهد ٢٠٢/٢ ، شرح المنهاج للحلى ٢٤٠/١ ، المغنى ٢٨٤/٤ .

أما باتفاق المنافع على مايراه مالك (٤١) .. وأما بالكيل أو الوزن مع الجنس عند الحنفية (٤٢) وأما اعتبار الطعم مع الجنس عند الشافعي (٤٣) .. وأما اعتبار الوزن والجنس في الذهب والفضة ، والكيل والجنس في الأعيان الأربعة عند الحنابلة (٤٤) ..

وسبب اشتراط هذا لأن السلم من شرطه النساء والتأجيل (٤٥) ..  
**الشرط الثاني : أن يكون المسلم فيه موجودا عند حلول الأجل** أو بعبارة أخرى أن يكون عام الوجود (٤٦) في محله وذلك لأنه إذا كان كذلك أمكن تسليمه عند وجوب التسليم ، وإذا لم يكن عام الوجود لم يكن موجودا عند المحل بحكم الظاهر . فلم يمكن تسليمه ، ولم يصح بيعه كبيع الأبق . بل أولى . فإن السلم احتتمل فيه انواع من الغرر للحاجة فلا يحتتمل فيه غرر آخر لئلا يكثر الغرر فيه فلا يجوز مثلا السلم في العنب الى وقت لا يكون مادة موجودا فيه (٤٧) .. ويرى الشافعي أن معنى هذا الشرط أن يكون مقدورا على تسليمه عند الحلول (٤٨) ..

**الشرط الثالث : أن يكون الثمن غير مؤجل أجلا بعيدا (٤٩) ..**

يشترط الفقهاء في السلم أن يكون الثمن « رأس المال » غير مؤجل أجلا بعيدا .

ويعنى هذا أن يقبض رأس المال في مجلس العقد . فإن تفرقا قبل ذلك بطل العقد ، وبه قال الحنابلة وأبى حنيفة والشافعي لئلا يكون من قبيل بيع الكالئ بالكالئ وقال مالك : يجوز أن يتأخر قبض الثمن يومين

---

(٤١) بداية المجتهد ٢/٢٢٩

(٤٢) الاختيار ٢/٣٠ .

(٤٣) شرح المنهاج ١/٢٩٨

(٤٤) المغنى ٤/١٤٢ - ١٤٣ .

(٤٥) انظر المغنى ٤/٣٨٤

(٤٦) انظر الاختيار ٣/٣٤ وما بعدها ، بداية المجتهد ٢/٢٠٢-٢٠٣ ، شرح المنهاج

١/٣٤١ ، ٣٤٢ ، المغنى ٤/٣٧٧ .

(٤٧) انظر المغنى ٤/٣٧٧ .

(٤٨) انظر شرح المنهاج ١/٣٤١ ، ٣٤٢ .

(٤٩) انظر الاختيار ٢/٣٦ ، بداية المجتهد ٢/٢٠٢ ، ٢٠٣ ، شرح المنهاج ١/٣٣٦ ،

المغنى ٤/٣٣٩ .

وثلاثة وأكثر مالم يكن ذلك شرطا . لأنه معاوضة لا يخرج بتأخير قبضه  
من أن يكون سلما فأنشبه مالمو تأخر الى آخر المجلس .

**الشرط الرابع : أن يكون المسلم فيه مقدرا بالكيل أو بالوزن أو بالعدد**  
ان كان مما شأنه ذلك أو بالصفة أن كان مما شأنه ذلك (٥٠) . . وهذا الشرط  
يراد به معرفة المقدار المسلم فيه بالكيل ان كان مكيلا ، وبالوزن ان كان  
موزونا وبالعدد ان كان معدودا لقول النبي صلى الله عليه وسلم  
« من أسلف فليسلف في كيل المعلوم ووزن المعلوم الى أجل معلوم » ولأنه  
عوض غير مشاهد يثبت في الذمة فاشتراط معرفة قدره كالتمن .

### القسم الثاني : الشروط المختلف فيها وهي كالآتي :

أولا : الأجل : اختلف الفقهاء في الأجل هل هو شرط في السلم أم لا ؟  
فأبو حنيفة : يرى أنه شرط صحة (٥١) . . لقول النبي صلى الله عليه وسلم :  
« الى أجل معلوم » وروى عن مالك . روايتان : الأولى : على أن الأجل  
شرط في السلم . وفي الثانية : جواز السلم حالا . .

وأدلتهم في هذا حديث ابن عباس المشهور في السلم السابق  
الذكر « من أسلف فليسلف . . . الحديث » . وهناك دليل عقلي مفاده :  
ان لم يشترط الأجل كان من بيع مالميس عند الانسان المنهى عنه . وعند  
الحنابلة : لا يصح السلم حالا (٥٢) . . وأما الشافعي : (٥٣) . . فيجوز  
السلم عنده حالا ومؤجلا . وسبب هذا أنه اذا جاز السلم مع الأجل فهو  
حالا أجوز لأنه أقل غررا .

ثانيا . وجود جنس المسلم فيه في حال العقد : فلا يصح عند الحنفية (٥٤)  
السلم في المنقطع أي لا بد من وجود المسلم فيه من وقت العقد الى وقت  
المحل . . لأن القدرة على التسليم أنها تكون بالقدرة على الاكتساب . . أما  
جمهور الفقهاء : فلا يشترطون هذا (٥٥) . . وقالوا : يجوز السلم في غير  
وقت إيبائه .

---

(٥٠) انظر الاختيار ٢/٢٤ - ٣٥ ، بداية المجتهد ٢/٢٠٢ - ٢٠٣ ، شرح المنهاج

١/٣٣٩ ، المغنى ٤/٣٦٩ .

(٥١) الاختيار ٢/٣٥ .

(٥٢) المغنى ٤/٣٧٢ - ٣٧٣ .

(٥٣) شرح المنهاج ١/٢٤١ .

(٥٤) الاختيار ٢/٣٧ .

(٥٥) بداية المجتهد ٢/٢٠٤ .

ثالثا : مكان القبض : يشترط عند أبي حنيفة بيان مكان قبض المسلم فيه (٥٦) .. ولم يشترط عند غيره وهم الجمهور .. وقال القاضي المالكي أبو محمد : الأفضل اشتراطه ، وقيل ليس يحتاج الى ذلك (٥٧) ..

رابعا : أن يكون الثمن مقدرا : مكيلا أو موزونا أو معدودا أو مذكوعا لأجزائها :

اشترط أبو حنيفة بيان قدر رأس المال .. وقال صاحبان : يكتفى بالإشارة لأنه يصير معلوما بها .. وصار كالثوب إذا كان رأس المال (٥٨) .. وإذا كان الثمن معينا فقد قال القاضي أبو يعلى الحنبلي ، وأبو الخطاب : يشترط ذلك لأن أحمد - رحمه الله - قال : يقول أسلمت إليك كذا وكذا درهما ونصف الثمن فاعتبر ضبط صفته .. وهذا قول مالك أيضا (٥٩) ..

\* \* \*

---

(٥٦) الاختيار ٢/٢ انظر المغنى ٢/١  
(٥٧) بداية الجتهد ٢/٢ ، ويشترط ذلك أن كان فيه مؤنة انظر شرح المنهاج ٢/١  
(٥٨) الاختيار ٢/٢  
(٥٩) الشرح الكبير مع المغنى ٢/٢٨٢ .

## الفصل الثالث : حكم الاستصناع عند المذاهب الأخرى

### \* المبحث الأول : الظاهرية :

لم أجد في كتب الظاهرية شيئاً اسمه استصناع لامن قرئت ولا من بعيد غيرها اطلعت عليه .. الا انى يمكن أن أقول بأن الاستصناع غير جائز عند الظاهرية لما يلى :

١ — بحكم « القاعدة العامة التى يسيرون عليها وهى » أن الأصل فى العتود والشروط الحظر .. الا ماورد نص بإباحته (١) ..

٢ — أو أنهم لا يأخذون بالقياس كدليل يستدل فيه بجواز عقد أو عدم جوازه فكيف يأخذون بالاستحسان (٢) الذى ثبت به الاستصناع ..

### \* المبحث الثانى : الشيعة الجعفرية :

لم أجد نصاً واحداً عن رأيهم فى الاستصناع عند قراعتى لكتبهم الموجودة تحت أيدينا .. سوى أن الموسومة الفقهية (٣) أوردت لنا رأى الجعفرية منقولاً عن كتاب الخلاف للطوسى (٤) فقالت « وذهب الشيعة الجعفرية الى عدم جواز الاستصناع » .

\* \* \*

---

(١) انظر ما بحث فى مدى حرية المكلف فى انشاء العقود فى هذه الرسالة صفحة (١٢)  
(٢) انظر ما جاء فى مناهج الاجتهاد لسلام مذكور ص ٧٠٠ .. حيث ورد أن داود الظاهرى لاحظ على الشافعى أنه يأخذ فى بعض الأحكام بالقياس .. واعتبره مسدداً لاستنباط الأحكام .. فخرج على مذهب الشافعى بعد أن اخذ منه قال داود : أخذت أدلة الشافعى فى إبطال الاستحسان فوجدتها تهطل القياس .. انظر ملخص إبطال القياس .. والرأى والاستصناع والتقليد والتقليد لابن حزم ص ٤ .

(٣) موسومة عبد الناصر الفقهية ١٥/٧ .

(٤) الخلاف للطوسى ٥٩٩/١ نقلاً عن الموسومة ن ٠ م .

## الفصل الرابع : حكم الاستصناع في النظام الوضعى

لما كان عقد الاستصناع يندرج فى عقد المقاولة كما سنبينه — ان شاء الله — عند الكلام عن تكييف الاستصناع ، وانه عقد مستقل عند داغيد . . والمعروف فى النظم الوضعية ان عقد المقاولة عقد يرد على العمل (٥) . . وعقد العمل : من العقود الثلاثة الداخلة بالحقوق الشخصية . . غالالتزام فى الحقوق الشخصية اما هو التزام باعطاء او التزام بعمل . . او التزام بامتناع من العمل .

وحكم عقد المقاولة فى النظام الوضعى عقد ملزم للجانبين . . وهو من عقود المعاوضة . . فهو جائز وملزم فى آن واحد .

جاء فى الوسيط (٦) . . « عقد المقاولة عقد رضائى لا يشترط فى انعقاده شكل معين . . وهو عقد ملزم للجانبين . . وهو من عقود المعاوضة » . وهو بهذا . . يتفق مع الفقه الحنفى فى جواز هذا العقد . . الا ان الحنفية عدوه عقدا مستقلا . . والمدنى المصرى : عده عقدا داخلا ضمن عقد المقاولة وسار داغيد فى رسالته على رأى الفقه الحنفى .



---

(٥) الوسيط للسنبورى ٧/٧ .

(٦) نفس المصدر السابق ٦/٧ .

## الباب الثالث تكييف عقد الاستصناع

\* \* \*

الفصل الأول: تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول.

الفصل الثاني: تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب النظام الوضعي.





## \* الباب الثالث

### \* تكييف عقد الاستصناع :

#### الفصل الأول : تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول

##### تمهيد :

عقد الاستصناع عقد من عقود البيع (١) بلا خلاف كما أن السلم عقد من عقود البيع إلا أن السلم عقد مستقل يأخذ شروط العقد العامة إضافة للشروط الخاصة به .

لكن هل الاستصناع عند الحنفية هو عقد مستقل من كل جوانب كبقية العقود الأخرى ؟ .. كالسلم مثلا .. وهذا ما سنفصله — ان شاء الله — فيما بعد .

##### المبحث الأول : جملة الآراء حول تكييف عقد الاستصناع عند الحنفية :

بالتحقيق نجد أن تكييف عقد الاستصناع يختلف فيه عند فقهاء الحنفية أنفسهم فمنهم من يرى أن الاستصناع عقد بيع .. إلا أنه فقد بعض مستلزمات البيع (٢) ، وأخذ شبهها بالاجارة (٣) فهو بيع المطلوب صنعه عند رؤيته بعد اتهام صنعه .

والبعض الآخر .. عده اجاره محضة .. وكيفه البعض الآخر على أنه اجارة ابتداء بيع انتهاء .. فعلى أي الطرق والسبل سنسير في ترتيب الحكم فيما لو حصل نزاع أو خلاف حول هذا التعاقد بين الطرفين . هذا ما سنبينه — ان شاء الله تعالى — فيما يلي من الآراء .

##### الفرع الأول : الاستصناع بيع :

يرى بعض فقهاء الحنفية أن الاستصناع بيع .. وأصحاب هذا الرأي يرونه بيعا بمعنى أنه نوع من البيع لكن ليس على إطلاقه .

---

(١) انظر فتح القدير لابن الهمام ٢٥٥/٥ وما بعدها ، البدائع ٢٦٧/٦ . المعاملات الضرورية — محمد عارف الجويجاني ٨١/١ .  
(٢) انظر فتح القدير ٢٥٥/٥ .  
(٣) نفس المصدر السابق .

قال السرخسي (٤) : اعلم بأن البيوع أربعة : بيع عين بثمن .. وبيع دين في الذمة بثمن وهو السلم .. وبيع عمل العين فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوهما .. فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل .. والعين هو الصبغ ببيع فيه ..

وبيع عين شرط فيه العمل .. وهو الاستصناع ، فالمستصنع فيه مبيع عين ..

فهذا الأخير .. هذه السرخسي بيعا .. الا أنه ليس على إطلاقه بدليل أن السرخسي وغيره كما سبقينه فيما بعد .. ذكروا أن للاستصناع شبهة بالاجارة فأخرجوه من البيع المطلق .. وكذلك فإن السرخسي ساوى بين السلم والاستصناع في كونه بيع ومن هذه المساواة يستدل على أنه لا يريد به البيع المطلق .. فالسلم بيع الا أن له اسم مستقل وشروط خاصة به غير الشروط العامة .. وكذلك الاجارة على العمل ليست ببيع على الإطلاق .

وفي البدائع (٥) . وعند الكلام عن الاستصناع قال : هو بيع لكن للمشتري خيار الرؤية .

### **الأمور التي خالف فيها الاستصناع البيع المطلق :**

ذكر فقهاء الحنفية شيئين مهمين خالف الاستصناع فيها البيع المطلق وهما :

#### **أولاً : اثبات الرؤية في الاستصناع (٦) :**

فخيار الرؤية لا يثبت في البيع على إطلاقه .. بل لابد من شروط لاثبات هذا الخيار سنوردتها في موضعها — أن شاء الله — .. أما الاستصناع فإنه يثبت فيه خيار الرؤية على إطلاقه بدون شرط .

#### **ثانياً : اشتراط العمل في الاستصناع (٧) :**

والمعروف أن البيع لا يشترط فيه العمل .. أن تم على أنه بيع مطلق .. ولهذا خالف الاستصناع الذي هو بيع يشترط فيه الصنع .

(٤) المبسوط للسرخسي ٨٤/١٥ وما بعدها .

(٥) ٢٦٧٧/٦ .

(٦) انظر المبسوط ٨٥/١٥ ، البدائع ٢٦٧٧/٦ .

(٧) المبسوط ٨٥/١٥ .

### رأى صاحب العناية :

أما صاحب العناية .. فقد عده بيعا محضا (٨) ، ومعناه في الظاهر أنه يريد به البيع المطلق الذي لا يفقد شيئا من مستلزماته ..

### رأينا :

أما الذي أراه فإن كلام صاحب العناية عن الاستمناع بأنه بيع محض لا يمنع من أن يكون الاستمناع قد فقد شيئا من مستلزماته البيع المطلق .. إلا أن صاحب العناية لم يذكرها لأنها مذكورة في أغلب الأحوال عند الكلام عن تعريف الاستمناع فلا حاجة لتكرارها .. فهو في النهاية يتفق مع رأى الكسائى والرخسى السابق الفكر .

### رأى المخالفين في كون الاستمناع بيعا :

عروض الرأى السابق القائل بأن الاستمناع بيع .. بعدة اعتراضات نوردها فيما يلي :

الأول : (٩) لو كان الاستمناع بيعا لما بطل بئوت أحد المتعاقدين ، كما تقولون لكنه يبطل بئوت أحدهما ..

الجواب : أجيب عن هذا الاعتراض بأن للاستمناع (١٠) شبهة بالاجارة من جهة واحدة وهى أن فى الاستمناع طلب الممنوع وهو العمل .. فاشبهه الاجارة .. وكذلك للاستمناع شبهة بالبيع من حيث أن المقصود من الاستمناع العين المستمنع .

غلبه بالاجارة .. قلنا يبطل بئوت أحدهما .. ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرنا غيه القياس والاستحسان .. وكذلك اثبتنا خيار الرؤية .. ولم نوجب تعجيل الثمن فى مجلس العقد كما فى البيع المطلق .

ثانيا : واعترض أيضا (١١) بأن اعتبار الاستمناع بيعا مخالفة لآمر الشارع .. لأن الاستمناع بيع للمعدوم .. وبيع المعدوم لا يجوز شرعا .

---

(٨) العناية مع فتح التدبر ٢٥٥/٥ .

(٩) نفس المصدر السابق .

(١٠) نفس المصدر السابق .. ابن مابدين فى حاشيته ٢٢١/٥ .

(١١) نفس المصدر السابق .

الجواب : وأجيب عن هذا الاعتراض (١٢) بأن المعدوم قد يعتبر موجودا حكما في الأمور التالية :

١ — في التذكية : فإن الناسى للتسمية عند الفبح .. تعتبر التسمية موجودة لعذر النسيان مع أنها معدومة حقيقة .

٢ — الطهارة للمستحاضة : فإن الطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات .. لئلا تتضاعف الواجبات .. فذلك المستصنع المعدوم جعل موجودا حكما للتعامل .

ثالثا : اعترض أيضا (١٣) على أصحاب الرأي القائل بأنه بيع .. بأن الاستصناع إنما يصح اعتباره بيعا في حالة كون العقود عليه هو العين المستصنع .. وعندنا في الاستصناع يكون العقود عليه هو الصنع « العمل » لا العين .

الجواب : وأجيب (١٤) عن هذا الاعتراض : بأن العقود عليه هو العين لا العمل فلو أن الصانع جاء بالمستصنع غيه مفرغا وذلك بأن صنعه شخص آخر غيره .. ولم يكن من صنعه .. أو من صنعه لكن قد صنعه قبل العقد لبعده .. واخذ المستصنع لموافاته للشروط المطلوبة جاز .

### **الفرع الثاني : الاستصناع اجارة محضة :**

بعد أن بينا أن الاستصناع عقد بيع له صفة خاصة تميز بها عن البيع المطلق نرد في كلمات على الرأي القائل .. بأن الاستصناع عقد اجارة .

فقد ورد هذا القول في معرض بيان صاحب العناية لحقيقة عقد الاستصناع إذ ورد فيه .. أن بعضهم يرى أن الاستصناع « اجارة محضة » (١٥) .. وأنهم استدلوا لهذا القول بشبه لاتصل الى مرتبة الدليل .. فقد ربطوا بين الاستصناع وبين فعل الصباغ .

فإن فعل الصباغ .. هو : الصبغ « العمل » في العين بصبغها .. وإن ذلك هو نظير الاستصناع وإن عمل الصباغ اجارة محضة .

---

(١٢) انظر العناية مع فتح التدبر ٢٥٥/٥

(١٣) نفس المصدر السابق .

(١٤) نفس المصدر السابق .

(١٥) نفس المصدر السابق . ٢٥٦/٥ .

هذه هي الشبهة التي حدث ببعض الحنفية الى القول بان الاستصناع اجارة محضه .

الرد : وقد رد هذه الشبهة صاحب العناية (١٦) فقال : ان هناك غرقا بين الاستئجار على الصبغ وبين الاستصناع .. فعمل الصباغ محله العين وهو الصبغ .. اما الاستصناع فليس كذلك .. فافترقا .

فلا يقاس الاستصناع على استئجار الصباغ لصبغ الثوب .. فهذا قياس مع الفارق ووجه الفرق كما ذكرنا .. هو ان الصبغ « اى غسل الصباغ » اصل والصبغ « اى المادة الخام » آتته .. فكان المقصود فيه العمل .. وذلك اجارة وردت على العمل في عين يملكها المستأجر .. اما هاهنا في الاستصناع فالاصل فيه هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون ما حدث بين الصانع والمستصنع هو بيع .. ولما لم يكن للبيع وجود من حيث وصفة الا بالعمل .. فأنشبه العقد هنا الاجارة في حكم واحد لاغير ..

ولذلك .. افترق عمل الاجير عن الاستصناع .. وهناك غروق أخرى تميز الاجارة عن الاستصناع نذكر منها مايلي (١٧) :

في اجارة الصانع للعمل : يعتبر الصانع من قبيل الاجير المشترك .. وأنه استؤجر للاستفادة والانتفاع بصنفته فهو يقدم عملا لا عینسا .. واما الاستصناع فان الصانع يقدم فيه مادة وعملا بها .. ولهذا لو تعاقد على ان تكون العين من صاحب العمل والعمل من الصانع كان العقد عقدا اجارة لا استصناع .

وان دفع اليه بعض الممول وأمره ان يزيده من عنده ما بقى لاتمامه .. فهذا جائز ويكون قرضا .. ولو أمره ان يزيده اليه شيئا مجهولا .. فان العقد لا يصح .. الا اذا كان ما أمره بزيادته — وان كان مجهولا — من الأمور المعلومة عند الصانع فانه يصح .

وذلك كان يدفع للصانع ثوبا ليصبغه بعصفر .. فهذا يجوز مع ان قدر العصفر غير معلوم . وكل ذلك يختلف باختلاف العرف في كل بلد .

(١٦) النهاية ٢٥٦/٥

(١٧) انظر بحث الاجارة المقدم للموسومة الفقهية في الكريت مؤلفه : مصطفى كمال وصلى والمطبوع على الآلة الكاتبة بقرة / ٣٧٢ .

### الاجارة على الصنع تختلف عن الاستصناع :

قبل بيان الفرق بين الاجارة والاستصناع لابد من كلمة تعريفية للاجارة على الصنع : فقد جاء في المبسوط أن الاستئجار للصناعة هو (١٨) : بيع عمل العيين فيه تبع .

فرق السرخسي بين الاستصناع والاستئجار للصناعة فقال (١٩) : اذا اسلم حديدا الى حداد ليصنعه اثناء مسمى بأجر مسمى . . فانه جائز ولاخير فيه اذا كان مثل ما سمي . لان ثبوت الخيار للفسخ ليعود اليه رأس ماله فيندفع الضرر به وذلك لا يتأتى هنا . فانه بعد اتصال عمله بالحديد لا وجه للفسخ العتد فيه .

**غايما في الاستصناع :** المعقود عليه العيين وفسخ العتد فيه ممكن . . فلهذا ثبت خيار الرؤية فيه . . ولأن الحداد هناك « في مثال الحداد المستأجر للصنع » يلتزم العمل بالعقد في ذمته ولا يثبت خيار الرؤية فيها يكون محله الذمة كالمسلم فيه . . . . . » .

وغرق الكاساني بين الاستصناع والاستئجار للصنع (٢٠) فقال : ان اسلم الى حداد حديدا ليعمل له اثناء معلوما بأجر معلوم او جلدا الى خفاف ليعمل له خفا معلوما بأجر معلوم . . فذلك جائز لاخير فيه . . لان هذا ليس باستصناع . . بل هو استئجار فكان جائزا . . فان عمل كما امر استحق الاجر . . وان غسد فله ان يضمه حديدا مثله . لانه لما افسده فكانه أخذ حديدا واتخذ منه آنية من غير اذنه . . والثناء للصانع . . لان المضونات تملك بالضمان .

فهذه تختلف الاجارة فيها على الصناعة عن الاستصناع اختلافا بائنا . . ولو شابه الاجارة من جهة كون العقد يبطل بموت احد العاقدين مثلا .

### الفرع الثالث :

#### الاستصناع اجارة ابتداء بيع انتهاء :

يرى بعض فقهاء الحنفية بأن الاستصناع اجارة ابتداء بيع انتهاء . .

(١٨) المبسوط ٨٤/١٥ .

(١٩) نفس المصدر السابق ٨٥/١٥ .

(٢٠) البدائع ٢٦٧٨/٦ .

جاء في فتح القدير نقلا عن الفخيرة (٢١) : الاستصناع اجارة ابتداء بيع انتهاء  
لكن قبل التسليم لا عند التسليم .

بدليل أنهم قالوا : اذا باث الصانع يبطل (٢٢) ، ولا يستوفى المصنوع من  
تركته ذكره محمد في كتاب البيوع ..

تساؤل :

ان قيل لو انعقد الاستصناع اجارة اجبر الصانع على العمل  
والمستصنع على اعطاء المسمى !

الجواب :

واجب بانه (٢٣) انما لم يجبر الصانع لانه لا يمكنه الا باتلاف عين له من  
قطع الانيم ونحوه .. والاجارة تفسخ بهذا العثر .. الا ترى ان المزارع له  
ان لا يعمل اذا كان البئر من جهته .. وكذا رب الأرض .. لانه لا يمكنه  
المضي بهذه الاجارة الا بذلك والمستصنع لو شرط تعجيله لان هذه الاجارة في  
الآخرة كسواء ما لم يره .. ولان جواز الاستصناع للحاجة وهي في الجواز  
لا اللزوم .. ولذا قلنا للصانع ان يبيع المصنوع قبل ان يراه المستصنع لان  
المعقد غير لازم .

واما بعد ما رآه فالأصح انه لا خيار للصانع بل اذا قبله المستصنع بعد  
رؤيته اجبر على دفعه له .. لانه بالآخرة يائع .

الترجيح :

والذي ظهر لي مما سبق في مسألة تكيف عقد الاستصناع .. ان  
الاستصناع نوع بيع .. الا انه عقد مستلزمات البيع المطلق والتي كان من  
الواجب ان توجد ان اعتبرناه بيعا مطلقا .. وهذه المستلزمات هي : -

(٢١) فتح القدير ٢٥٦/٥ - ٢٥٧ .

(٢٢) ان بطلان عقد الاستصناع يموت أحد الماعدين أرجعه الحنفية الى كون  
الاستصناع له شبه بالاجارة .. فهل الاجارة تبطل بموت أحد الماعدين ؟  
\* اجاب عن هذا .. عبد الوهاب البغدادي في كتابه : الاشراف على مسائل الخلاف  
٦٦/٢ فقال : لا تفسخ الاجارة بموت أحد الماعدين اذا لم يتم استيفاء المنافع  
خلافا لابي حنيفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « من ترك مسالا أو حقة  
لمورثته » .

\* وهذه الاجارة متروكة البيت ليجب ان تكون لمورثته وهذا ينفي النسخ .. ولانه ماله  
معاوضة .. فلم يفسخ بموت أحد الماعدين .

(٢٣) فتح القدير ٢٥٧/٥ .

١ — اثبات خيار الرؤية في العقد .

٢ — اشتراط العمل على الصانع .

٣ — عدم وجوب تعجيل الثمن . . يجوز في الاستصناع عند الحنفية أن يدفع الثمن مقدما لو يدفع بعض الثمن أو لا يدفع (٢٤) . . وهذا غير موجود ولا معهود في البيع المطلق على رأى الجمهور من الفقهاء . . ولأن الاستصناع لا يلزم فيه تعجيل الثمن . . فيكون الاستصناع عند الحنفية عقدا صحيحا في جميع هذه الحالات « حالة دفع الثمن مقدما ، وغير الدفع » ويجوز أن يكون الاجل لشهر أو أقل على رأى أبى حنيفة ، وأكثر من شهر على رأى الصاحبين .

❖ وبذلك كان الاستصناع عقدا مستقلا مسمى وهو عقد بيع اسمه « عقد الاستصناع » كما أن السلم عقد بيع اسمه عقد السلم .

يضاف اليه أن للاستصناع شبهة بالاجارة من جهة كون الصنعة « العمل المطلوب » فيه تكون من الصانع . . وأن العقد يبطل بموت أحد العاقلين .

\* \* \*

---

(٢٤) انظر مجلة الاحكام المعدية م/٣٩١ ، وانظر شرحها لمضى حيدر ١/٣٦٠ — ٣٦١ .



## الفصل الثانى : تكييف عقد الاستصناع عند أصحاب النظام الوضعى

تمهيد :

سبق ان اوردنا فكرة عامة عن الاستصناع فى النظام الوضعى والتعريف بعقد الاستصناع وحكمه .. وهنا سنتكلم عن تكييفه فى النظام الوضعى .. سواء كان فى المدنى المصرى ام عند فقهاء القانون الوضعى **فاقول :**

**فى المدنى المصرى :** يعتبر عقد الاستصناع داخلا ضمن عقد المساولة فى القانون المدنى المصرى الجديد .. لان المساولة فى القانون المدنى المصرى هى (١) : عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين ان يصنع شيئا .. او .. ان يؤدى عملا لقاء اجر يتعهد به المتعاقد الآخر ..

### فالمساولة فى المدنى المصرى ذات شقين :

**الأول :** ان يتعهد بمقتضى العقد هذا احد المتعاقدين ان يصنع شيئا وهذا هو الاستصناع عند الحنفية .. ويؤكد كون هذا الشق من التعريف يراد به الاستصناع ما جاء فى المدنى المصرى (٢) : « ٢ — كما يجوز ان يتمهد المتاول بتقديم العمل والمادة معا .. وهو الذى نقصده من دراستنا للاستصناع اذ لو لم تكن المادة والعمل من الصانع لكان العقد اجارة اذا توفرت احكام الاجارة فيه :

**الثانى :** ان يؤدى عملا لقاء اجر يتعهد به المتعاقد الآخر .. وهذه هى الاجارة فى الفقه الاسلامى (٣) .. ويوضح ذلك ما ورد فى المدنى المصرى (٤) « ١ — يجوز ان يقتصر المتاول على التعهد بتقديم عمله على ان يقدم رب العمل المادة التى يستخدمها او يستعين بها فى القيام بعمله » .

فالمادة فى هذا الشق اصبحت من المستصنع او رب العمل كما عبر عنه المدنى المصرى وتدخل ضمن الاجارة على العمل .

(١) م/١٤٦

(٢) م/١٤٧

(٣) نظرية النرد للفرير ٢٦٠ .

(٤) م/١٤٧

## فقهاء القانون الوضعي :

في هذه اللوحة التي ساورها انكلم عن رأى فقهاء القانون الوضعي كدافيد في رسالته عقد الاستصناع (٥) ، ومحمد لبيب شنب في كتابه «شرح احكام عقد المقاولة» (٦) ، والسنهوري في كتابه «الوسيط» .. وكل هؤلاء قد اوردوا رأى فقهاء النظام الوضعي الآخرين دون تنظيم خاص بعقد الاستصناع .. بل في عقد المقاولة بصورة عامة خلا دافيد .

دافيد : قال دافيد (٧) : « ويمكن ان ندهش امام شيوخ عقد الاستصناع من عدم وجود تنظيم لهذا العقد في التقنين المدني الفرنسي .. فعلى هذا لم يكن التقنين المدني الفرنسي وهو الذي اخذ منه اغلب واضعي النظم الوضعية في البلاد المجاورة لفرنسا ..

وعرفه دافيد .. بانه العقد الذي بمقتضاه يتعهد مقاول بان يصنع شيئا بالمادة التي يقدمها ، وان يسلم هذا الشيء عندما ينتهي في مقابل ثمن الى من طلبه .. فهنا وجد عنصران رئيسيان في هذا العقد وهما : العمل ، والمسادة .. فعقد الاستصناع عند دافيد له طبيعته الخاصة ويختلف اختلافا كبيرا عن العقود الأخرى .. فهو عقد مستقل (٨) ..

ومع هذا .. فقد اورد آراء فقهاء النظام الوضعي المختلفة حول تكييف عقد الاستصناع لاختلافهم فيه .

السنهوري : نجد السنهوري في موضوع التمييز بين عقد المقاولة والبيع يورد مايلي (٩) : — يظهر لأول وهلة ان المقاولة تتميز بسهولة عن البيع فهي ترد على العمل والبيع يقع على الملكية .. فالمقاول الذي يتعهد ببناء منزل .. يبرم عقد المقاولة .. اما اذا بنى المنزل لحسابه ثم باعه بعد ذلك .. فالمعقد بيع .. ولا شك ان العقد اذا اقتصر المقاول فيه على التعهد بتقديم العمل على ان يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها فيجوز ذلك .. ولكن اذا قدم رب العمل المسادة واقتصر المقاول على العمل يتحضر عقد المقاومة لا شبهة فيه .. وانما الشبهة تقوم في الغرض الآخر الذي يتعهد به

(٥) رسالة عقد الاستصناع لدافيد ص ٤ .

(٦) شرح احكام عقد المقاولة لمحمد لبيب شنب .

(٧) رسالة عقد الاستصناع لدافيد ص ٢ .

(٨) رسالة عقد الاستصناع لدافيد ص ١ ، ٥٨ .

(٩) الوسيط للسنهوري ٢٢/٧

المقاول بتقديم العمل والمساعدة معا (١٠) .. عقد يقع اى يتعاقد شخص مع نجار على أن يصنع له مكتبا او مكتبة ويقدم النجار الخشب من عنده .. نهل يبقى العقد في هذه الحالة وغيرها . عقد مقاوله او يكون عقد بيع واقع على شيء مستقبل هو الاثالث بالنسبة الى النجار .. هذا تساؤل أورده السنهوري وهناك تساؤلات أوردها غيره (١١) .. ونورد فيما يلي اهم الآراء حول تكييف عقد الاستصناع في النظام الوضعى :

### المبحث الاول :

اشارت مسألة تكييف عقد الاستصناع خلافا كبيرا في الفقه والقضاء عند اصحاب النظام الوضعى أوردها محمد لبيب شنب عند البحث عن تكييف عقد الاستصناع وأوردها ايضا السنهوري ، وذكرها دافيد في رسالته .. والآراء هي ما يلي : —

#### الفرع الاول : الاستصناع عقد بيع لشيء مستقبل (١٢) .

يستدل اصحاب هذا الراى الى ما يواجهه المتعاقدان عند ابرام العقد غيرون أن العقد عند ابرامه ليس هو العمل المكلف به .. بل هو الشيء المصنوع (١٢) .

ويبدو أن هذا هو الراجح في القانون الرومانى (١٤) .. كما أن شراح القانون البحرى يرجحون هذا الراى بالنسبة لعقد بناء السفينة .. وهو يتفق مع وجهة نظر الفقه الإسلامى كما جاءت به كتب المذهب الحنفى .

---

(١٠) ويسمى العقد بعقد الاستصناع عند دافيد — انظر رسالته ص ٢٢١ .

(١١) أحكام عقد المقاوله — محمد لبيب ص ١٦ .

(١٢) رسالة الاستصناع لدافيد ص ٢٤ .

(١٣) أحكام عقد المقاوله ص ١٧ .

(١٤) جاء في مدونة جستنيان في اللغة الرومانى ص ٢٣٠ ترجمة عبد العزيز فهمى أنه اذا اطلق عيوس مع أحد الصائغة على أن يأتى الصائغ بذهب منه ويصنع له خاتما بوزن مخصوص وشكل معين .. وأن يكون للصائغ في نظير هذا مبلغ عشرة دنانير مثلا .. عند جرى الصلوك من هذا الاتفاق « ابيع هو أم اجرة ؟ » وقد اثنى كاسهوس أن يفسن عقدين بيما للذهب واجرة للعمل .. انظر شرح أحكام المقاوله ص ١٧ .

المنافسة : ناقش لببيب شنب هذا الرأي فقال : أن هذا الرأي يعيبه أنه لا ينظر سوى الى أثر واحد من الآثار المترتبة على العقد وهو نقل الملكية للشيء المصنوع ، ويهمل التزام المقاول بصنع هذا الشيء . . حين نجد أن هذا الأخير ليس مجرد التزام تابع وثانوى إذا ما قيس بنقل الملكية . . بل أنه جوهر عقد الاستصناع . . فقيام المقاول بالعمل الذى هو صنع الشيء . . ركن من أركان الاستصناع . . والدليل على ذلك أنه إذا أتى الصانع بشيء كان قد صنعه من قبل العقد غرضى به المستصنع ، فإن ملكية هذا الشيء وإن انتقلت اليه . . فذلك لا يكون بمقتضى عقد الاستصناع ، بل بمقتضى عقد آخر (١٥) انمقد بتراضيهما على هذا الشيء . . وغضلا عما تقدم . فإن اعتبار الاستصناع بيما بسيطا لا يحل المشاكل التى يثيرها . . والمتعلقة بتنفيذ العمل المطلوب .

فهذا الرأي . . أثار كلاما كثيرا يحتاج الى بيان رأى الشريعة فيه أولا ، وثانيا لمعرفة موقع هذا الرأي من أقوال فقهاء الحنفية فيه . .

أما الأول . . فإن قولهم : أن التزام الصانع هو أمر رئيسى ، وليس ثانوى هو أمر تكلم فيه فقهاء الحنفية واختلفوا فيه فمن قائل أن التزام الصانع بالصنع يكون بعد رؤية المستصنع للمستصنع فيه . . وقال به أكثر فقهاء الحنفية . . وهناك رأى آخر جاء به صاحب الدرر يقول أن الالتزام بالعقد يبدأ من أول التعاقد الى نهايته وهو ما سنبيته فيما بعد — أن شاء الله .

وأما قولهم . . أنه إذا أتى بالمصنوع قبل العقد وأعطاه للمستصنع . . فهذا الأمر أثاره أيضا الحنفية بقولهم : لو جاء به مفروغا لا من صنعته لجسار .

أما الثانى : فهو يقرب كثيرا الى رأى الحنفية . . لكن الى درجة القول بأنه متفق مع رأى الحنفية (١٦) . . لأنهم اختلفوا حول التزام الصانع بالصنع وعدمه وهم اعتبروا الالتزام هذا . . مهم جدا . . واعتبروا عمل الصانع ركن من أركان الاستصناع وهذا لم يقل به أحد من فقهاء الحنفية قط .

وهذا رأى . . هو المهم . . لذا قدمناه على غيره .

(١٥) الوسيط للسنهورى ٢٦/٧ ، انظر رسالة الاستصناع لدافيد من (١٦) جاء في نظرية الضرر للفرير من ٤٦٠ ( مذهب بمنهم الى أن « الاستصناع » عقد بيع مستقل واتع على شيء مستقبل ، وهذا الرأى يتفق مع مذهب الحنفية . )

### الفرع الثاني : الاستصناع عقد مقاوله واقع على العمل (١٧) :

وأصحاب هذا الراى يرون أن الاستصناع يكون عقد مقاوله دائما .. والمادة تابعة للعمل فقط .. إذ أن تلك رب العمل للشيء المصنوع ليس الا نتيجة لازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل .. وهذا الراى متفق مع راى أحد فقهاء الحنفية وهو أبو سعيد البردعى (١٨) الغائل: بأن الاستصناع يقع على العمل دون المادة « العين » ولكن هذا الراى فى الفقه الاسلامى مرجوح .. والصحيح : أن الاستصناع بيع لا اجساره « مقاوله » ..

### الفرع الثالث : الاستصناع عقد مقاوله أن كانت المادة أقل قيمة من العمل وعقد بيع أن كان العمل أقل قيمة من المادة :

وأصحاب هذا الراى .. يرون أن الاستصناع عقد مقاوله على أن العمل هو الأساس فيه .. ويكون بيعا لأن المادة المباعة هى الأساس .. فهو « عقد مختلط » (١٩) بين البيع والمقاوله ..

فإن كان العمل هو الأساس والمادة تابعة .. يكون مقاوله وبيع .. وإن كانت المادة هى الأساس والعمل تابع لها .. فهو بيع ومقاوله .. إذ لا يعتبر عقدا بسيطا مقاوله فقط .. أو بيعا فقط .. لأن أحكام كل من هذين العقدين منفردة لا تكفى لمواجهة المسائل التى يثيرها عقد الاستصناع ..

ولكن هذا الراى وإن بدى أنه يسد النقص الذى قد يترتب على تطبيق أحكام أحد العقدين فقط .. فهو يؤدى الى اثاره صعوبات غيما يتعلق بالمسائل التى تتعارض فيها أحكام المقاوله مع أحكام البيع كما هو الأمر غيما تختص بطبيعة العوض وتحديدده ، وانتهاء العقد بالارادة المنفردة .. إذ تتعين عندئذ المفاضلة بين العقدين وهو ما يؤدى الى التحكم فى أغلب الأحيان (٢٠) .

(١٧) رسالة الاستصناع لدانيد ص ٢١ .

(١٨) مياتى بيان راى ابن سميع البردعى حول ما إذا كان عقد الاستصناع يرد على العمل أم على العين « المادة المصنوعة » .. وأبو سميع البردعى : هو أحمد ابن حسين البردعى نسبة الى بردعة من مقامات الزريجان قتلى فى واقعة القرامطة مع الحجاج سنة ٣١٧ هـ . انظر حاشية ابن عابدين ٢٢٥/٥ .

(١٩) أحكام المتاوله لشنب ص ١٦ وما بعدها . ورسالة دانيد ص ٣٧ .

(٢٠) أحكام عقد المتاوله ص ١٦ .

وهذا الراى له شبه برأى أحد الحنفية القائل بأن الاستصناع له شبه بالاجارة وشبه بالبيع .. لكن هذا الراى فى النظام الوضعى يختلف عن رآى الحنفية .. لأن الاستصناع فى النظام الوضعى ينظر اليه على انه مقالة .. غياخذ حكمها وينفس الوقت ياخذ حكم البيع على حدة .. وهذا لم يقل به احد من الحنفية .

#### الفرع الرابع : الاستصناع عقد مقالة ابتداء وبيع انتهاء (٢١) :

يرى اصحاب هذا الراى .. كما نقله لنا دافيد أن الاستصناع عقد مقالة مادام الشئ لم يتم صنعه بعد .. فاذا انتهى هذا الصنع تحول العقد الى بيع للشئ المصنوع ، وتنقل ملكيته الى المشتري .

واعترض على هذا الراى .. بقولهم : ان تكييف العقد انما يتم وقت انعقاده بغض النظر عما يترتب عليه بعد ذلك .. ولا يجوز أن يتغير وصف العقد وقت تكوينه عن وضعه اذا ما نفذ .. فضلا عن أن المآول يضمن عمله مدة طويلة بعد صنع الشئ مما يدل على أن المقالة تظل وتستمر ولا تنتهى بمجرد اتمام هذا الصنع ..

وهذا الراى .. له شبه بقول بعض الحنفية (٢٢) القائل بأن الاستصناع اجارة ابتداء بيع انتهاء .. لكن قبل التسليم لا بعد التسليم .

#### المبحث الثانى : الراى الراجح عند فقهاء النظام الوضعى :

##### الفرع الأول : الراجح عند السنهورى :

يرى السنهورى (٢٣) أن الراى الراجح عنده .. هو ما جاء فى الفرع الثالث السالف الذكر .. والقائل : « أن العقد يكون مقالة أو بيعا بحسب نسبة قيمة المسادة الى قيمة العمل » .. وضرب السنهورى مثالين لزيادة قيمة المسادة على العمل ومثالا آخر لزيادة العمل على المسادة فقال منه أن الأمر ظاهر فى الامثال المتقدمة حيث تصغر قيمة المسادة الى حد كبير بالنسبة الى عمل الفنان .. فتكون تابعة للعمل .. ويكون العقد مقالة ..

(٢١) رسالة الاستصناع لدافيد ص ٢٥ .

(٢٢) انظر ملحق التدبير ٢٥٦/٥ - ٢٥٧ .

(٢٣) الوسيط ٢٦/٧ وما بعدها .

وحيث تكبر هذه القيمة الى حد بعيد بالنسبة الى العمل في السيارة التي تحتاج الى اصلاحات طفيفة .. فيكون العقد بيعا .

ولكن كثيرا ما يقع أن تكون للمادة قيمة محسوسة الى جانب قيمة العمل .. ولو كان اقل قيمة منه .. وذلك كالخشب الذي يورده النجار لصنع الاثاث والقمائش الذي يورده الحائك لصنع الثوب .. فيصبح العقد في هذه الحالة مزيجا من بيع ومقاوله سواء كانت قيمة المسادة اكبر من قيمة العمل او اصغر .

ويقع البيع على المسادة وتسرى احكامه غيما يتعلق بها وتقع المقاوله على العمل وتنطبق احكامها عليه ..

#### الفرع الثاني : الراجع عند داغيد :

ويرى داغيد (٢٤) بأن الاستصناع عقد مستقل او ما يسمى في النظم الوضعية « عقدا غير مسمى » ..

#### مناقشة السنهوري لداغيد :

وناقش السنهوري داغيد (٢٥) .. فقال : هنالك رأى يذهب الى أن الاستصناع ليس مقاوله ، ولا بيعا .. بل هو عقد غير مسمى « داغيد في عقد الاستصناع رسالة من باريس » .. ولا مانع من القول بأن هناك عقدا له مقومات تميزه عن غيره هو عقد الاستصناع ولكن ذلك لا يعنى انه عقد « غير مسمى » .. فاسمه معروف وهو « عقد الاستصناع » ولا يمنع أن يكون عقد الاستصناع هذا .. ليس الا مزيجا من « البيع والمقاوله » .



(٢٤) رسالة عقد الاستصناع لداغيد ص ٤ وما بعدها

(٢٥) انظر للتوسيط في الحاشية ص ٢٧/٧ .





## الباب الرابع المقومات والشروط

\* \* \*

الفصل الأول: المقومات

الفصل الثاني: الشروط



## الفصل الأول : المقومات

### المبحث الأول : المقومات العامة للاستصناع وغيره من العقود :

سبق وأن تكلمت عن المقومات العامة بصورة موجزة عند البحث عن تعريف العقد وسنتكلم عن ركن الاستصناع في هذا النسل .

أما باقى المقومات والتي هي شروط عند الحنفية .. وأركان عند غيرهم من الجمهور .. فسأتكلم عنها من وجهة نظر الحنفية التي ترى بأن الأركان إنما هي شروط للعقد . وظننا أن المقومات الأساسية لكل عقد هي (١) :

« العاقدان                      الموقوف عليه                      الصيغة »

وقد عدها بعض الفقهاء ستة أى « العاقدان ، المثنى ، الثمن ، الإيجاب والقبول » .. وبعضهم عدها خمسة (٢) : « العاقدان ، المثنى ، الثمن ، الصيغة » .. وهذه اختلافات شكلية لا أكثر .

والمقومات هذه .. عدها جمهور الفقهاء أركاناً ، وعدها الحنفية شروطاً للعقد ما عدا الصيغة فهي ركن العقد عندهم (٣) .. وعليه فسأتكلم عن ركن الاستصناع ألا وهو الإيجاب والقبول أولاً .. لأنه الركن المتفق عليه عند جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية .. أما باقى المقومات والتي هي شروط عند الحنفية وأركان عند غيرهم من الجمهور .. فسأتكلم عنها في المبحث الثانى .

### المبحث الثانى : ركن الاستصناع :

أبدأ بذكر الركن المتفق عليه بين الفقهاء لآى عقد وأتصد به الصيغة أو « الإيجاب والقبول » ..

#### الفرع الأول : المراد بالصيغة :

تشمل صيغة العقد ما يلفظ به العاقدان من عبارات يلتزمان بها لتكوين العقد والمسماة في عرف الفقهاء « بالإيجاب والقبول » .. وقد تكلم

(١) ٤ (٢) الشرح المفيد ١٢/٢ .

(٢) الاختيار ٢/٢ .

الفقهاء جميعا عن الصيغة وما المراد بها ، وكيف تكون ؟ وهل تكون بالماضى أم بالحال أم بالآمر ؟ .

وبما أن الاستصناع بيع .. فستكلم عن الصيغة ، وما المراد منها اخذاً من الكلام عن البيع عند الفقهاء .

**الصيغة هي :** كل ما يدل على رضا الجانبين البائع والمشتري (٤) — وهي نوعان :

**النوع الأول : الصيغة القولية (٥) :** وما يقوم مقامها من رسول أو كتاب .. **فالقول :** كأن يقول البائع قد بعثت ثوبى بكذا .. أو أرسل له رسولا فقبل البيع في المجلس .. غانته يصحح .. والقول يكون باللفظ الذي يدل على التملك **والتملك :** كبعثت واشتريت ويسمى ما يقع من البائع إيجاباً ، وما يقع من المشتري قبولا .. هذا عند جمهور الفقهاء .

**أما الحنفية ..** فيرون أن الإيجاب : هو ما صدر أولاً من أحد المتعاقدين سواء كان بائعاً أو مشترياً .. **والقبول :** هو ما صدر ثانياً .

**النوع الثاني : المعاطاة (٦) :** وهي الأخذ والاعطاء بدون كلام .. كأن يشتري شيئاً بثمن معلوم له .. غاخذه البائع ويعطيه الثمن وهو يملك بالتبض .. هذا عند جمهور الفقهاء (٧) .. مع خلاف في كونه يثبت في الأشياء اليسرة أم بالخصيسة أم في الأشياء كلها .

**فالشافعية ..** يرون : أن العقد لا يتم إلا بالإيجاب والقبول (٨) .. وهذا في العقد بصورة عامة .. أما في الاستصناع بالذات .. فالذى أراه أن الاستصناع لا يكون بالمعاطاة لأنه لابد من أوصاف يذكرها المستصنع ، واستعداد بالعمل من الصانع .. وهذا يستدعى إيجاباً وقبولا . وقد مثل بعض الفقهاء للصيغ منها : **اعمل لى (٩) ، واصنع لى (١٠) ،** فيقول الصانع قبلت ورضيت .. أو أى لفظ يدل على الرضا عرفاً .. علماً

---

(٤) الاختيار ٤/٢ ، الشرح المنير ١٤/٣ ، المهذب ٢٥٧/١ ، كشف القناع ١٣٦/٣ ، ١٣٧ .

(٥) ١٦١ ، انظر البدائع ٢٩٨٣/٦ ، الاختيار ٤/٢ ، الشرح الصغير ١٤/٣ وما بعدها ، المهذب ٢٥٧/١ .. المفتى مع الشرح الكبير ٢/٤ وما بعدها .

(٦) البدائع ٢٩٨٥/٦ .

(٨) المهذب ٢٥٧/١ .

(٩) البدائع ٢٦٧٧/٦ .

(١٠) انظر حاشية شلبى على الزيلعى ١٢٣/٤ .

بان لفظة « **اعمل لى ، واصنع لى** » تدل على الامر .. الا ان الكاساتى وغيره جوزوها .

وعليه .. فان صيغة الاستصناع لا يمكن حصرها فى شىء معين ..  
غهى جائزة فى كل ما تعورف عليه بين الناس ، وجرى التعامل بهذه الصيغة او تلك ما دامت تدل على الرضا .

### **المبحث الثالث : اركان عقد الاستصناع فى النظام الوضعى :**

لما كان عقد الاستصناع كما بينا سابقا يندرج تحت عقد المقاولة فى النظام الوضعى « **المدنى المصرى** » ، وعقدا مستقلا عند دافيسد فى رسالته .. لذا سأتكلم عن اركان عقد المقاولة فى المدنى المصرى بشىء من الاختصار .

يرى السنهورى عند بحثه لأركان المقاولة فى المدنى المصرى ان اركانها كالأركان فى سائر العقود (١١) .

والأركان فى سائر العقود هى ما يلى :

١ — التراضى . ٢ — المحل . ٣ — السبب .

ولا شىء يقال فى السبب فى خصوص عقد المقاولة ومحلله النظرية العامة فى السبب والتي بحثت فى الوسيط .. فيبقى التراضى والمحل .

والمحل فى عقد المقاولة مزدوج : فهو بالنسبة الى التزامات المقاتول : العمل الذى تعهد بتأديته بموجب عقد المقاولة .

وهو بالنسبة الى التزامات رب العمل الأجر الذى يدفعه للمقاتول فى مقابل هذا العمل .. **والتراضى** : يكون البحث فيه فى شرطى الاعتقاد والصحة . وهذا سنبحثه فيما بعد :

\* \* \*

---

(١١) الوسيط للسنهورى ٢٦/٧ — ٦٣ .

## الفصل الثاني : الشروط

### المبحث الأول : الشروط العامة للاستصناع وغيره :

تمهيد :

سبق وإن تكلمت عن أركان عقد الاستصناع ، وقلت إن هذا محل خلاف بين فقهاء المذاهب . فبينما يراه الحنفية أن الركن هو الصيغة فقط . . وما عدا هذا غير شروط . . حين نرى غيرهم وهم الجمهور يرون أن الصيغة والعقدان والمعقود عليه هي الأركان .

ومقومات الاستصناع عند الحنفية تشمل ما يلي :

١- العقدان ٢- محل العقد ٣- صيغة العقد ٤- الثمن  
لهذا سأتناول البحث في الشروط من وجهة نظر الحنفية باعتبارها شروطاً وليست أركاناً في العقد .

**تعريف الشرط :** قبل الكلام عن هذه الشروط أبداً بكلمة موجزة عن الشرط في اللغة والاصطلاح .

**التعريف اللغوي للشرط :** الشرط لغة (١٢) هو الزام الشيء والتزامه كالشريطة جمعه شروط وشرائط .

**التعريف الاصطلاحي للشرط :** والشرط في اصطلاح الفقهاء هو ما يلزم من عدمه العدم (١٣) . . ولا يلزم من وجوده الوجود . . فعند عدم الشرط يستلزم عدم وجود الأمر المشروط له . . كحولان الحول شرط في وجوب الزكاة . . فعند عدم حولان الحول لا تجب الزكاة إلى أن يتم هذا الشرط فتوجد الزكاة .

أما وجود الشرط . . فلا يلزم منه وجود المشروط كالمثال السابق . . فعند حولان الحول . . لا يلزم منه وجوب الزكاة لعدم المال . . لأن الشرط يتوقف عليه وجود الشيء والمال . . وإن وجد لكن شرط وجوب الزكاة فيه لم يتحقق . فلم يحل الحول على وجود المال لدى مالكه .

(١٢) تاج المروس - فصل القين - باب الطاء .

(١٣) إرشاد الفحول للشوكاني ص ٧ .

والشروط العامة للاستصناع هي الشروط التي تشترط في كل عقود  
المعاملات كالبيع والسلم والاستصناع والاجارة وغير ذلك من العقود ..  
بحيث اذا لم تتوفر في العقد .. غايته يكون غير صحيح .. ولا يترتب عليه  
آثاره .. فهي شروط لا بد منها في عقد البيع المباح ليصبح البيع منعقدا .  
والشروط ذكرها الكاساني في البدائع (١٤) .. وهي عنده اربعة انواع  
ولكل نوع ما يخصها من الشروط .. وقد اوردها العلماء في كتبهم عند  
البحث عن أى عقد الا أنهم لم يهتموا في ابرازه ذلك الا برار الذي قام به  
الكاساني في البدائع .. لذا نجد أنفسنا امام هذه الأنواع وما قاله العلماء  
في ذلك نوردته كل حسب موقعه .. واليك هذه الأنواع :

١ - شروط الانعقاد .

٢ - شروط اللزوم (١٥) .

٣ - شروط الصحة (١٦) .

٤ - شروط النفاذ (١٧) .

وساتكلم عن هذه الأنواع وما يخصها من الشروط فيما يلي :

**الفرع الأول : شروط الانعقاد :**

وشروط الانعقاد انواع ، وبعضها يرجع الى ما يلي :

١ - العاقد . ٢ - صيغة العقد . ٣ - البدلان .

٤ - مكان العقد .

**المطلب الأول : شروط الانعقاد التي ترجع الى العاقد هي :**

١ - **أهلية المتعاقدين :** ان اهلية المتعاقدين بعمومها ، ويشقيها

« العقل والبلوغ » كشرط للانعقاد هي محل اختلاف الفقهاء .

فالحنفية ، والمالكية ، واحدى الروايتين عند الحنابلة .. يرون ان

العقل هو شرط الانعقاد .. فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل

عندهم (١٨) .

(١٤) انظر البدائع ٢٩٨٧/٦ .

(١٥) شروط اللزوم هي التي لا يلزم العقد بدونها ، وان كان قد ينعقد وينفذ بدونها .

البدائع ٢٩٨٧/٦

(١٦) شروط الصحة : هي التي لاسحة للعقد بدونها ، وان كان قد ينعقد وينفذ بدونها.

نفس المصدر السابق .

(١٧) شروط النفاذ : هي ما لا يثبت الحكم بدونها ، وان كان قد ينعقد بالتسرف

بدونها .. نفس المصدر السابق .

(١٨) انظر البدائع ٢٩٨٧/٦ ، المغنى ١٨٥/٤ ، المختار ٤/٢ ، مواهب الجليل

٢٤١/٤ .

أما الشافعية .. فعندهم يصح البيع من كل بالغ عاقل حر .. فلما  
الصبى والمجنون فلا يصح بيعهما لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع  
القلم عن ثلاث : عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن  
المجنون حتى يفيق » (١٩) .. هذا دليل المنقول عندهم (٢٠) ..

ومن المعقول قول الشيرازى من الشافعية (٢١) : ولأنه تصرف فى المال  
فلم يفوض الى الصبى والمجنون كحفظ المال ..

وقيل أيضا (٢٢) : لا يصح من صبى وأن قصد اختباره ..... وفى هذا  
رواية ثانية عند الحنابلة (٢٣) .

والراجع عندى .. هو أن تصرف الصبى المميز ينعقد وذلك لقوة أدلة  
المسلكية والحنفية ورواية عند الحنابلة .. فهو مأذون له بالتجارة .

ب — أن يكون العاقد متعددا .. يرى الحنفية (٢٤) أن الواحد لا يصلح  
عاقدا من الجانبين فى باب البيع إلا الأب فله أن يبيع مال نفسه  
من ابنه الصغير بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فيه عادة ..

وبالامعان نجد أن شرط التعدد فى هذه المسألة « مسألة الأب » يعتبر  
موجودا .. أما فى المذاهب الأخرى .. فيرون ذلك أيضا .. إلا أنهم  
لا يذكرون هذا كشرط .. فهم يعتبرون العاقدين من أركان العقد .. ومبنى  
هذا قائم على الخلاف الموجود بين الحنفية وغيرهم فى تحديدهم للركن .

فالحنفية يرون الركن جزء الماهية الذى منه ومن غيره تتكون الماهية  
..... . . . . . . . . . .  
فإذا يرى غيرهم من الفقهاء أن الركن هو ما يتوقف  
عليه الشيء سواء كان جزء الماهية أو غير جزء .. لكن يتوقف عليه  
وجود الشيء .. ولذلك نرى أن بعض الأركان عند غير الحنفية هى شرط  
لوجود الشيء عند الحنفية .

---

(١٩) رواه أبو داود فى سننه . ١٧/٤ — ٩٩ ، وقال الأمدى : رواه أحمد وأبو داود  
والحاكم من طريق على وعمر بن الخطاب رضى الله عنهما — انظر الأحكام للأمدى  
١٥٠/١ . ط أولى م/النور — تعليق عبد الرزاق عفيفى

(٢٠) المهذب ٢٥٧/١ ، مفتى المحتاج ٧/٢ .

(٢١) نفس المصدر السابق

(٢٢) مفتى المحتاج ٧/٢ .

(٢٣) المغنى والشرح الكبير ١٨٥/٤ .

(٢٤) انظر البدائع ٢٩٨٩/٦ .



## المطلب الثاني : الشروط التي ترجع الى صيغة العقد :

والشروط التي ترجع الى صيغة العتد هي ما يلي :

١ — أن يكون القبول موافقا للإيجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع . . فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه البائع . . فلا ينعقد العقد من غير إيجاب مبتدأ موافق (٢٥) .

٢ — إلا يفصل بين القبول والإيجاب فاصل يدل على الاعراض (٢٦) عن البيع عرفا (٢٧) فلا يشترط أن يكون القبول بعد الإيجاب فورا . . لأن القابل يحتاج الى التأمل والتفكير في البيع . . وهذا يستدعى بعض الوقت الذي لا يعتبر اعراضا عن القبول ولو اقتصر الأمر على الفور لا يمكنه التأمل والتفكير . . فلم تشترط الفورية (٢٨) .

## \* المطلب الثالث : الشروط التي ترجع الى البدلين :

أما الشروط التي ترجع الى البدلين فهي ما يلي :

١ — أن يكون المبيع موجودا : أن كون الوجود شرط في المبيع امر مسلم به مطلقا عند بعض الفقهاء ولا مطلقا عند ابن القيم . . وقد أبنت ذلك بصورة مفصلة وبوضوح عند كلامي عن « التعاقد على المعدم » في الباب التمهيدى .

وذكرت رأى ابن القيم فيه . . وما استدلل به من كتاب وسنة ورده على من اشترط وجود المبيع مطلقا كشرط لصحة البيع وانعقاده . . وقد رجحت الأخذ برأى ابن القيم بالنسبة لعقد الاستصناع فليرجع اليه (٢٩) .

٢ — أن يكون البدلان مالا متقوما : ومن شروط الاتعقباد في البدلين أن يكونا مالا متقوما (٣٠) . . لأن البيع هو مبادلة مال بمال . . فلا ينعقد بيع الحر مثلا . . لأنه ليس بمال ، ولا الخمر ، ولا الخنزير لكونهما ثبت حكمهما بالمنع على العموم في حق المسلم والكافر .

(٢٥) انظر البدائع ٢٩٩٠/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٧٠/٢ ، المذهب ٢٥٧/١ ، المثنى ٣/٤ .

(٢٦) بداية المجتهد ١٧٠/٢ .

(٢٧) الاختيار ٦/٢ .

(٢٨) كتاب القناع ١٢٧/٢ .

(٢٩) راجع مآكبه في هذه الرسالة في بحث « التعاقد على المعدم » .

(٣٠) انظر البدائع ٢٠٠٠/٦ .

\* وهناك خلاف في هذه المسألة ليس هو موضوعنا .. ويعتبر مالا مقنونا : ما منه منفعة (٢١) ، فما لامنفعة فيه لا يجوز بيعة ولا ينعقد العقد معه .. فلا ينعقد مثلا بيع النحل .. لانه ليس بمنفعة به .. فلم يكن مالا بنفسه بما يحدث منه .

٣ — أن يكون المبيع مملوكا للبائع : لأن البيع تمليك فلا ينعقد (٢٢) فيما ليس بمملوك كمن باع الكلا في أرض مملوكة ، والمساء الذي في نهره أو في بئر .. لأن الكلا وإن كان في أرض مملوكة .. فهو مباح .. وكذلك المساء ما لم يوجد الأحرار .

٤ — أن يكون البدلان مقنوني التسليم : كذلك يشترط أن يكون البدلان مقنوني التسليم .. فإن كان غير مقنوني التسليم لاستحالته كالطير في الهواء .. فلا ينعقد (٢٣) .. وإن كان مملوكا للبائع .

**المطلب الرابع : أما الذي يرجع الى مكان العقد من الشروط فهو :**

**اتحاد مجلس العقد :** بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد .. فإن اختلف المجلس لا ينعقد العقد حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس .. ثم عاد فقبل لا ينعقد العقد (٢٤) .

**الفرع الثاني : شروط اللزوم :**

أما شروط اللزوم في العقد فهي ما يلي :

**المطلب الأول : خلو البيع من أحد الخيارات :**

أن من شروط اللزوم في العقد خلو البيع من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين نسخ العقد .. مثل : خيار الشرط ، والغبن ، والعيب ، والرؤية .

---

(٢١) ، (٢٢) انظر البدائع تم ، الشرح الصغير ١٩/٢ وما بعدها . الوجيز ١٢٢/١ ،

المجموع ١٥٧/٩ وما بعدها ، المتع ٥٥/٢ وما بعدها ، كشف القناع ١٥١/٣ .

(٢٣) انظر البدائع ٣٠١٣/٦ ، المتع نفس المصدر السابق ، الوجيز ١٢٢/١ ، المجموع ١٥٧/٩ .

(٢٤) البدائع ٢٩٦٢٧/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٧٠/٢ ، المهذب ٢٥٨/١ ، كشف القناع ١٣٧/٣ .

فإذا وجدت أحد هذه الخيارات أو بعضها فإنه يمنع من لزوم البيع في حق من له الخيار وكان له أن يقبل البيع ويمضيه أو يفسخه ويرده (٣٥) .. وستورد تفصيلا لهذا الموضوع ، وبيان لزوم عقد الاستصناع وعدمه ، وبيان الخيارات فيه « العيب والرؤية » ان شاء الله .

### **المطلب الثاني : وجود شرطى الانعقاد والصحة في البيع :**

فلو باع انسان جيفة بيعا عاريا من الخيارات .. فلا يكون لازما .. ولوباع مالا مع جهالة الثمن .. لا يلزم ايضا .. وللطرفين حق الفسخ (٣٦) .

### **الفرع الثالث : شروط صحة العقد :**

وشروط صحة العقد هي ما يلي :

**المطلب الأول :** ما يشمل كل الشروط السابقة للانعقاد (٣٧) لكونها تتداخل مع شروط الصحة ، فما لا ينعقد العقد بدونه لا يصح بدونه ضرورة .. اذ الصحة امر زائد على الانعقاد .

**المطلب الثاني :** أن يخلو العقد مما يلي (٣٨) فيما يلي :

١ — الجهالة الفاحشة المؤدية للنزاع (٣٩) فيما يلي :

أ — جهالة المبيع جنسا أو نوعا أو قدرا بالنسبة للمشتري .

ب — جهالة الثمن (٤٠) .. فلا يصح بيع الشيء بمثل أو بما يستقر عليه السعر مثلا .

ج — جهالة الأجل (٤١) . كما في الثمن .. فيجب ان تكون المدة مطلوبة .

---

(٣٥) انظر البدائع ٢٩٨٧/٦ وما بعدها ، المهلب ٢٥٧/١ ، كشاف القناع ١٨٩/٣ ، المنى ٦/٤ .

(٣٦) شرح المجلة العنقية لحيذر م/٣٦١ .

(٣٧) انظر البدائع ٣٠٢٧/٦ وما بعدها ، شرح المجلة م/٣٦١ .

(٣٨) بداية المجتهد ١٤٨/٢ .

(٣٩) هناك جهالة يسيرة لا تؤدي الى النزاع ولا تزعزع استقرار العقد .. فلهذا معنى منها عند أكثر الفقهاء .

(٤٠) البدائع ٣٠٥٢/٦ .

(٤١) نفس المصدر السابق ٣٠٢٩/٦ .

٢ — خلو العقد من الشروط الفاسدة : اشترط الفقهاء أن يخلو العقد من الشرط الفاسد .. وللفقهاء خلاف في تحديد الشرط الفاسد .. فبينما يرى الحنفية أن الشرط قد يكون منسدا للعقد ، وقد يكون مبطلا له .. يرى غيرهم أن الشرط المفسد والمبطل بمعنى واحد .. وتحقيق هذا محلة كتب الأصول .

\* وإيا كانت تلك الشروط الفاسدة .. فإذا وجدت يكون البيع غير صحيح (٤٢) إذا لم يكن الشرع ورد به ، أو لم يكن من مقتضى العقد .

٣ — خلو العقد من الغرر : يشترط لصحة عقد البيع خلوه من الغرر (٤٣) .. والمراد به غرر الوصف كما لو باعه ناقة على أنها تحلب كذا رطلا .. غالبية فاسد لأن ذلك موهوم التحقق .. فقد ينقص .. أما لو باعها على أنها حلوب من غير تحديد مقدار .. فإن البيع صحيح .

#### \* الفرع الرابع : شروط النفاذ :

بعد أن ينعقد العقد وتتوفر فيه شروطه المذكورة سابقا .. قد يعرفه شيء آخر يجعله منعقدا .. إلا أنه موقوف على إجازة من له حق الإجازة .. لهذا اشترط الفقهاء شروطا لكي ينفذ العقد .. فقد قال بهذا (٤٤) الحنفية ، والمالكية .. وفي رواية لأحمد وأحد القولين للشافعية .. واليك الشروط في هذا وهي :

#### المطلب الأول : الملك أو الولاية :

أما الملك .. فهو أن يكون المبيع مملوكا للبائع .. فلا يتفد بيع الفضولي لانعدام الملك والولاية .. لكنه ينعقد (٤٥) موقوفا على إجازة المالك عند الحنفية ، والمالكية ، ورواية عند الحنابلة ، وقول عند الشافعية .

---

(٤٢) انظر البدائع ٣٠٧١/٧ ، بداية المجتهد ١٢٥/٢ وما بعدها ، المهذب ٢٦٨/١ ، المتع ٢١٨/١ .

(٤٣) البدائع ٣٠٥٣/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٢٥/٢ وما بعدها ، ١٤٨/٢ ، مغنى المحتاج ١٦/٢ وما بعدها ، المغنى ٢٨/٤ وما بعدها .

(٤٤) انظر البدائع ٣٠١٩/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٧٢/٢ المغنى ١٨/٤ مغنى المحتاج ١٥/٢ .

(٤٥) انظر البدائع ٣٠١٩/٦ وما بعدها ، بداية المجتهد ١٧٢/٢ ، مغنى المحتاج ١٥/٢ ، المغنى والشرح الكبير ١٨/٤ .

### المطلب الثاني : ألا يكون في المبيع حق لغير البائع :

فإن كان في المبيع حق لغير البائع .. فإنه يكون منعتا .. إلا أنه لا ينفذ حتى يأذن من له الحق .. فلا يكون بيع المرهون ، وبيع المأجور نافذين ، فإذا ما أجازاه الراهن والمؤجر بصورة يتفقان عليها يجوز عندئذ وينفذ البيع .. (٤٦)

وهناك تفصيل عند الشافعية والحنابلة والمالكية ليس مكانها هنا ، ويرجع إليها في كتب الفروع (٤٧) .



---

(٤٦) انظر البدائع ٣٧٤٢/٨ .

(٤٧) بداية المجتهد ٢٧٥/٢ ، مختصر المحتاج ١٤٣/٢ ، المغنى والفرح الكبير ٥١٣/٢ .

## \* المبحث الثانى :

### \* الشروط الخاصة بالاستصناع :

#### \* تمهيد :

بحث فقهاء الحنفية الشروط الخاصة بالاستصناع .. فتكلموا عن ثلاثة شروط هي :

١ — ان يكون المعقود عليه معلوما . او بعبارة اخرى : شرط بيان الجنس ، النوع ، القدر . وكلامنا عن هذا الشرط يسبقه بيان رأى فقهاء الحنفية فى المعقود عليه هل هو العمل ام العين ؟ .

٢ — ان يكون الاستصناع مما يجرى به التعامل .. وهذا الشرط يركز عليه الاستصناع فى الجواز .. وستتكم عن التعامل ، والعرف .. قبل الكلام عن هذا الشرط .

٣ — ضرب الاجل فى الاستصناع : وسنبين خلاف الفقهاء فيه .. وينفس الطريقة السابقة فى الشرطين .. سنتكلم عن معنى الاجل .. وهل له صلة بالسلم ام لا ؟ واتقسام الاجل عند الحنفية .. وماذا يقصد به اذا اطلق فى الاستصناع ؟

#### \* الفرع الاول : يشترط فى المستصنع فيه ان يكون معلوما ..

وضع للاستصناع شرط واحد خاص بالمعقود عليه وهو ان يكون معلوما .. وقبل البحث فى شرط المعقود عليه هذا .. لابد من التكلم عن المعقود فى الاستصناع ما هو ؟ وما المراد منه ؟ .

المعقود عليه فى الاستصناع : الاستصناع يستلزم شيئين مهمين هما : « العين ، العمل » .. وهما مطلوبان من طرف واحد وهو الصانع . فالعين وهى المادة الخام التى يراد العمل فيها وبها من قبل الصانع وفق المواصفات المطلوبة من المستصنع .. والعمل .. وهو الجهد الذى يبذله الصانع ، او من يقوم مقامه .. لكى يصنع المطلوب منه وفق المواصفات التى يقدمها المستصنع له .. فمن هنا يبرز لنا امر .. لابد من تحقيقه .. وهو حقيقة المعقود عليه .. اهو العمل ام العين :

اختلف فقهاء الحنفية في تعيين المعقود عليه وكان اختلافهم على رأيين هما :

#### **الأول : العين هي المعقود عليه :**

من الحنفية من قال بأن المعقود عليه هو العين .. وقال بهذا الرأي جمهور الحنفية ..

#### **الثاني : العمل هو المعقود عليه :**

وقال بهذا الرأي أبو سعيد البردعي .

✽ **الأدلة :**

#### **✽ أدلة الرأي الأول القائل بأن المعقود عليه هو العين :**

استدل الجمهور من المعقول على النحو الآتي :

أولا : قال جمهور الفقهاء أنه من المتفق عليه بيننا وبين من يعارضنا أنه لو استصنع رجل آخر في عين ، وسلمها له الصانع بعد أن استكمل كل ما يطلبه المستصنع سواء كانت الصنعة قد تمت بفعل الصانع أم بفعل غيره بعد العقد .. فإن العقد يلزم ، ولا ترد العين لصانعها .. إلا بخيار الرؤية .. فلو كان العقد وأردا على صنعة الصانع « أي عمله » لما صح العقد إذا تمت الصنعة بصنع غيره .. وهذا دليل على أن العقد يتوجه على العين لا على الصنعة .

✽ قال السرخسي (٤٨) والأصح أن المعقود عليه المستصنع فيه « العين » وذكر الصنعة « العمل » لبيان الوصف .. فإن المعقود هو المستصنع فيه .. ألا ترى أنه لو جاء به مفروغا عنه من صنعته أو من صنعته قبل العقد مأخذه كان جائزا ..

وجاء في فتح القدير وغيره (٤٩) : المعقود عليه العين دون العمل .

وقال الشرنبلالي (٥٠) : المبيع هو العين قول الجمهور وهو الأصح .

---

(٤٨) البسوط ١٢/١٣٩ .

(٤٩) فتح القدير ٥/٣٥٥ ، الدرر الحكام شرح فروع الأحكام ٢/١٩٨ .

(٥٠) حاشية الشرنبلالي على الدرر ٢/١٩٨ .

ثانياً : واستدل الجمهور من الحنفية بأن المتفق عليه أن الاستصناع يثبت فيه للمستصنع خيار الرؤية وخيار الرؤية لا يكون إلا في بيع العين .. فدل ذلك على أن المبيع هو العين لا الصنعة .

نقل عن الإمام محمد صاحب أبي حنيفة قوله (٥١) : إذا جاء به مبروغاً عنه غللمستصنع الخيار لأنه اشترى شيئاً لم يره .. وخيار الرؤية إنما يثبت في بيع العين .. فعرفنا أن المبيع هو المستصنع فيه .

أدلة الرأي الثاني : القائل بأن المعقود عليه هو العمل :

استدل لرأي أبي سعيد البردعي القائل : بأن هذا العقد أشبه بالاجارة منه بالبيع وأنه عقد على العمل (٥٢) لا على العين .. استدل لهذا الرأي بما يلي :

١ — عقد الاستصناع ينبنى عنه أنه عقد على العمل غللاستصناع طلب العمل لفه والاديم ، والصرم فيه بمنزلة الآلة للعمل (٥٣) .. فيكون أقرب للاجارة منه لعقد البيع (٥٤)

٢ — لو لم يكن عقد الاستصناع عقد عمل لما جاز أن يفرد بالتنسية فهو أشبه ما يكون بعمل الصباغ (٥٥) .. إذ العين وهي الصبغ ، والعمل من عند الصباغ .. ومع هذا لا يعتبر عقد استصناع .. بل هو اجارة محضة .. وعقد الاستصناع أشبه بهذا .

### ❖ المناقشة :

وقد نوقش رأي الجمهور (٥٦) بأنه لو كان كما قلتم : بأن الاستصناع يكون فيه المعقود عليه العين المصنوعة .. وهذا يكون أقرب للبيع لما بطل العقد بموت الصانع كما هو مجمع عليه عند الحنفية .

---

(٥١) البسوط ١٢/١٢٩ .

(٥٢) فتح القدير ٥/٢٥٥ وما بعدها ، الدرر شرح الدرر ٢/١٩٨ وما بعدها .

(٥٣) البسوط ١٢/١٢٩ .

(٥٤) فتح القدير ٥/٢٥٥ وما بعدها ، الدرر شرح الدرر ٢/١٩٨ وما بعدها .

(٥٥) نفس المصدر السابق .

(٥٦) فتح القدير ٥/٢٥٥ وما بعدها .



وقد رد جمهور الحنفية ما استدلل به (٥٧) أبو سعيد البردعي .. من ان الاستصناع يبطل بموت الصانع وانه لو كان بيعا ما بطل بموت احد المتعاقدين .. رد جمهور الحنفية ذلك فقالوا :

ان للاستصناع شبهة بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع وهو العمل .. وله شبه بالبيع من حيث ان المقصود فيه العين المستصنع .. فلشبهه بالاجارة قلنا انه يبطل بموت احد المتعاقدين .. ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه القياس .. والاستحصان .. وأثبتنا فيه خيار الرؤية .. ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد .

فكل هذه الأمور .. يختص بها البيع لا الاجارة .  
وقال جمهور الحنفية أيضا : بأن قياس الاستصناع على عمل الصباغ في الثوب المصبوغ قياس مع الفارق ، وذلك لأن الصبغ اصل (٥٨) .. والصبغ آتاه فكان المقصود فيه العمل .. وذلك اجارة وردت على العمل في عين المستأجر .. أما هنا : في الاستصناع فالاصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا .. ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه الا بالعمل أشبه الاجارة في حكم واحد لا غير (٥٩) .. وهو انه يبطل العقد عند موت أحدهما « الصانع والمستصنع » وهذا لا يجعله اجارة بحتة .. بل هو بيع أخذ شبهة من عقد الاجارة .

### الراى الراجح :

ان الراى الراجح عندى .. هو راى جمهور فقهاء الحنفية القائل بأن المعقود عليه في الاستصناع هو « العين » وذلك لقوة أدلة الجمهور ، واستنتاجاتهم ، ومناقشتهم لأدلة القائل بأنه العمل .. وضعف أدلة هؤلاء تدلنا على رجحان راى الجمهور أيضا .

ثم نرجع بعد هذا الكلام الى بيان الشرط الاول وهو ان يكون المعقود عليه في الاستصناع معلوم القدر والجنس والنوع والصفة .

اهتم فقهاء الحنفية بهذا الشرط (٦٠) فقدموه على كل الشروط مع انه شرط ورد في كل عقد كما ذكرنا ذلك في شروط العقد العامة .

(٥٧) فتح القدير ٢٥٥/٥ وما بعدها .

(٥٨) الصنع اصل « أى عمل الصباغ في الثرشة هو اصل في عمله »

(٥٩) فتح القدير ٢٥٦/٥ .

(٦٠) تحفة الفقهاء ٥٢٨/٢ . البدائع ٢٦٧٧/٦ .

قال السمرقندي (٦١) : لابد من بيان القدر وبيان الصفة والنوع ..  
وايده الكاساني (٦٢) بقوله من هذا الشرط فقال : ومنها بيان جنس  
المصنوع ونوعه وقدره وصفته .. لأنه لا يصير معلوما بدونه .

أما بيان جنس المصنوع .. فيكون ببيان المطلوب صنعه هل هو مثلا  
مائدة أم بندقية أم سيارة أم غير ذلك ، وبيان النوع والصنف والمادة وكل  
ذلك منعا للالتباس والاستنباه . نفى التعاقد على صنع مائدة مثلا : لابد  
من بيان نوعها هل هي من الخشب مثلا .. وهل تكون للطعام أم للكتابة ..  
ولابد من بيان القدر من الطول والعرض والارتفاع .. والسماكة في  
الخشب .. وسماكة الأرجل مثلا .. الخ . من المقادير المطلوبة التي  
تنع الجهالة بالمستصنع فيه . ولابد من بيان صفة المطلوب صنعه كان  
يكون في المائدة مثلا من خشب الساج ، أو الخشب الأبيض ، أو الأحمر ،  
وصفة الصبغ الى آخره من الصفات .

وقد ضرب الفقهاء امثلة عديدة لذلك بما كان يستمع في مهدهم ..  
الا ان هذه الامثلة ليست للحصر .. بل للتمثيل .

فما ذكروه في هذا المضمار قولهم : لو ارى المشتري رجله لخفاف .  
فقال له اصنع لى زوجى حذاء من نوع الجلد الفلانى على ان يكون ذلك  
الجلد منك بكذا دينارا وقبل البائع . او نقول مع نجار على ان يصنع له  
زورقا او عربة او سفينة وبين له طولها وعرضها .. او كما تفعله الدول  
النامية مع الدول الصناعية في استصناع الآلات والمعدات .

### \* الفرع الثانى : ان يكون مما يجرى فيه التعامل :

ومن الشروط الخاصة بالاستصناع ان يكون مما يجرى فيه التعامل ..  
وقبل البحث في هذا الشرط .. لابد من كلمة عن مفهوم التعامل بين الناس :

#### \* تمهيد :

أجاز فقهاء الحنفية الاستصناع للحاجة استحسانا وواضح ان كل  
ماتدمو اليه حاجة هي مصلحة مطلوبة من قبل الشارع الحكيم . وذلك  
ضمن مقاصد الشريعة . التي دعت للمحافظة عليها وهدفت الى تحقيقها

(٦١) حقة الندهاء ٢/٢٨٨ .

(٦٢) البدائع ٦/٢٦٧٧ .

لتسيير الحياة وتنظيم .. فكل ما هو ضروري لحياة المجتمع البشرى أو حاجى .. دعا الشارع للحفاظ عليه .. وأمر بإيجاده وعاقب على محاولة هدمه وتضييعه .. واعتبرت الحاجة عند الفقهاء مبدأ تحكم بها الأحكام الشرعية العامة .. فتكون مبررا للاستثناء إذا تعارض مائقضى به فى حالة من الحالات مع الحكم العام .. فيؤخذ بمقتضاها .. وهذه الحالات استثنائية فالأحكام الشرعية هى لرعاية مصالح الناس وقضاء حاجياتهم وتسهيل أمورهم فهى فى الواقع لاتتعارض مع مصالح الناس لكن قد يؤدى وضع المعايير الشرعية فى بعض الحالات الى تخلف الحكم الضرورى والحاجى .

وفى هذه الحالات يترك المعيار العام ويؤخذ بما تقتضى به الضرورة والحاجة والامثلة على ذلك كثيرة ومتعددة .

فالحكم العام .. يحرم اكل الميتة وشرب الخمر .. ولكن فى بعض الحالات يرخص للضرورة فى اتيان هذا المحرم .. فبياح اكل الميتة احياء للنفس عند اشتداد الجوع ، وعدم وجود المباح من الطعام واشراف النفس الجائعة على الهلاك .. (فمن اضطر غير باغ ولا عاد .. فلا اثم عليه .. ان الله غفور رحيم) (١٦) .. فمنع اكل اللحم غير المذكى هو لحفظ النفس .. وهو امر ضرورى .. لكن حينما يكون حفظ النفس باكل هذا الممنوع فانه يترك المعيار العام ويباح ضده : وهو اكل الميتة وذلك عند اشراف النفس على الهلاك ، ومقاربتها له .. وكذلك العقود شرعت اساسا رفعا للخرج والمشقة عن المكلفين .. وتيسير وسائل التعامل بينهم .. فاذا أدت مشروعية هذه العقود على صفة مخصوصة الى لحقوق المشقة فى بعض الصور لزم الرجوع الى ما تقتضى به الحاجة كما فى السلم والاستصناع .. فكانت الحاجة وسيلة من وسائل الاستثناء والترخص ومن هنا .. كانت قاعدة « المشقة تجلب التيسير » ، وقاعدة « اذا ضاق الأمر اتسع » وقاعدة « الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة او خاصة (١٧) » ..

وهنا يمكننا ان نقول ان تعريف الاستحسان يوحى باننا يجب ان نسير فى الطريق الى نهايته فى اباحة عقد الاستصناع .. فقد عرف الاستحسان العلماء ومنهم السمعاني اذ يقول (١٨) : ان كان هو القول بما يستحسنه

(١٦) البقرة ١٧٢ .

(١٧) انظر من قواعد الحاجة فى الأشباه والتظاير للسيوطى .. القاعدة الرابعة من ٧٧ :

مطبعة الحلبي. ١٣٢٨ هـ نظرية الاباحة لسلم منكر من/ ٢٤٢ .

(١٨) ارشاد الفحول من/ ٢٢٤ . ط اولى سنة ١٣٢٧ هـ م السعادة .

الناس ويشتهي من غير دليل فهو باطل .. ولا أحد يقول به .. وإن خسر الاستحسان : بالعدل عن دليل الى دليل أقوى منه .. فهو مما لا ينكره أحد عليه .

والاستصناع في وقتنا الحاضر بعد أن أصبح أمرا عاما يشمل الهيئات والمؤسسات والأفراد ، وأصبح عمل الشركات الصناعية على هذا العقد .. بل والحكومات كذلك فنعقود الاستصناع أصبحت لا تخص صنع الخفاف ولا الطشوت ولا الفلنسة .. فقط .. بل أصبحت تستعمل في تجهيز مكان العرس واثاث المدرسة ومعدات الجيش .. الخ . لذلك كان على الفقهاء أن يعالجوا هذا التعامل بتكييف عقده حتى يكون العقد السائر بين الناس ملائما للشرع ومتقفا معه .. وذلك بتعديل العقد ووضع شروط له .

ولا أعتقد أن ما قاله فقهاء الحنفية من أنه عقد بيع شرطت فيه الصنعة الا تكييفها سليما يمكن على هديه أن تسير معاملة المتعاقدين به قضاء وديانة .. ايجابا وقبولا نظاما وصنعة .

أذن .. لابد أن نحل طبقا لشروط هذا العقد التي وضحتها فقهاء الحنفية ما يحدث من منازعات وخلافات .. ولهذا أضع تصور فقهاء الحنفية لهذا العقد وعلى أى صورة كيفوه عندهم .

ان الأخذ بالعرف وهو : ما استقر في النفوس من جهة العقول السليمة وتلقته الطبائع السليمة بالقبول (٦٦) — عند الذين يعدونه دليلا مستقلا عن المصالح المرسله والاستحسان .. هو ترشيح للأخذ ببداى الضرورة والحاجة .. لان تعامل الناس في مجموعهم لا يجنح اليه الا نحو ما تقضى حاجة الناس الى هذا الذى يتعاملون به مع ملاحظة أن يكون التعامل (٦٧) : غير معارض لنص من كتاب أو سنة ثابتة .. وأن يكون مطردا وغالبا أى أن تكون العادة كلية .. وأنه لا عبرة بعرف أو تعامل إذا كانا مخالفين لنص شرعى .. وأنه لا عبرة بالعرف الطارىء وأن لا يصرح المتعاقدان بما يخالف هذا العرف المحكم اليه . فإذا صرحا بخلافه بما يوافق مقصود الشرع صح .

فالعرف يعم إذا لم يكن مخالفا لنص شرعى أو شرط لأحد المتعاقدين (٨١) ..

(٦٦) رسالة العرف لابن عابدين مع مجموعة الرسائل ١١٢/٢ — طبعة سنة ١٣٢٥ هـ .

(٦٧) العرف بالمادة الأولى سنة ٥٦ وما بعدها .

(٦٨) انظر المدخل للزرقاء ٨٧٣/٢ — ٨٨١ .

## العرف والقياس :

العرف ليس مصدرا تشريعيا نستمد منه الاحكام .. لهذا لو تعارض العرف والقياس فما الذي يكون ؟

يرى بعض الفقهاء (٦٩) ان القياس يترك للعرف ان كان العرف عاما سواء اقره النبي صلى الله عليه وسلم او عمل به من غير تكريم المجتهدين او دعت اليه ضرورة الناس او حاجاتهم .. لان العرف حينئذ يكون اقوى حجة من القياس ورعايته هي رعاية لمصلحة لانه اشارة الحاجة وهو من الاستحسان على اصطلاح الحنفية ..

فانهم أطلقوه بمعنىين :

**احدهما :** القياس الخفى في مقابلة القياس الجلى المتبادر وجهه الى الانهزام .

**ثانيهما :** كل دليل يقابل القواعد العامة سواء كان نصا او اجماعا او ضرورة ومرادهم بالاجماع ما يشمل العمل الذى يرجع اليه بعض انواع العرف بدليل تمثيلهم بالاستصناع .. كما ان مرادهم بالضرورة ما يشمل الحاجة .. وهذا الاطلاق اعم من الاول وهو اطلاق شائع في الفروع .

✽ وبناء على ذلك .. فقد اضطرد العرف الآن وشاع بين جميع البلدان التعامل بالاستصناع خفايا كان المستصنع او قدورا او طائرات او دبابات او اجهزة علمية فيكون هذا العقد صحيحا له احكام عقد البيع العامة ، واحكام عقد الاستصناع الخاصة التى ذكرناها سابقا ولاحقا في هذا البحث .. وذلك بناء على شيوع العرف وانتشاره وان كان ذلك فيه مخالفة للقياس لانه بيع ما ليس بموجود .. فعقد الاستصناع عقد سليم من الوجهة الشرعية بالنسبة لما استجد فيه من امور لم تكن متعارفة عند الفقهاء .. وعليه وبعد هذه الكلمة الموجزة انتقل الى بيان شرط التعامل في الاستصناع .

**ان يكون ما يجرى فيه التعامل :** هذا الشرط اجمع عليه فقهاء الحنفية ويقوم عليه الاستصناع الجائز .. اذ ان الاستصناع كما بينا سابقا جائز استحسانا للتعامل الجارى عليه عند الناس منذ عصر النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا .

---

(٦٩) العرف والمادة لابي سنة ١٠١ .

**قال الكاساني : في معرض الكلام عن شروط عقد الاستصناع (٧٠) :**

أن يكون مما يجرى فيه التعامل بين الناس من أواني الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال ولجم الحديد للدواب ونصول السيوف ، والسكاكين ، والقسي ، والنبل ، والسلاح كله والطشت ، والقمقم ونحو ذلك .

**وجاء في فتح القدير (٧١) :** ولأنه يجوز فيما فيه تعامل .. وفي موضع آخر يقوم : ولا يجوز الاستصناع فيما لا تعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان إبقاء له على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالإجماع .

**أما ابن عابدين (٧٢) :** فقد عبر عن هذا بعد تأييده للبدايع بما أورد من شروط فقال : بخلاف ما لا تعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح .

أما صاحب الدرر .. فما أورده متفق جميعه مع ما أسلفنا للنصوص وغيره من الفقهاء جاؤوا بهذا ومثله (٧٣) .

من كل ما تقدم .. نرى أن فقهاء الحنفية مجمعون على أن التعامل شرط أساسي في جواز الاستصناع .. لذا يعتبرون الاستصناع فاسدا حال فقدانه لهذا الشرط ولو اجتمعت فيه الشروط الأخرى .. وهذا مما يدلنا على أهميته .

**ملا يجوز الاستصناع فيه :**

جاء في فتح القدير (٧٤) « ونفيا لاتعامل فيه رجعنا فيه الى القياس كأن يستصنع حائكا أو خياطا لينسج له أو يخطط قميصا بغزل نفسه » .. وعند الحنفية : أن هذا الاستصناع فاسد .. فيحمل على السلم أي أنه يجوز سلما لاستصناعا .. جاء في الدرر (٧٥) شرح الغرر : في معرض الكلام عن الاستصناع لم يصح أي الاستصناع غير المتعامل به في الثوب

(٧٠) البدائع ٢٦٧٨/٦

(٧١) فتح القدير ٢٥٥/٥ ، ٢٥٦ .

(٧٢) حاشية ابن عابدين ٢٢٢/٥

(٧٣) الدرر شرح الغرر ١٩٨/٢

(٧٤) ٢٥٥/٥

(٧٥) ١٩٩٨/٢

الا بأجل فينتقل حكمه الى حكم السلم كما لو امر حائكاً أن ينسج له ثياباً بعزل من عنده بدراهم معلومة .

فما لا تعامل فيه يعتبر استصناعاً فاسداً فيحمل على المسلم الصحيح :  
فلا يجوز قياساً واستحصاناً .. لأن القياس يأبى جواز الاستصناع المكتمل للشروط فكيف إذا غقدها ؟ ولا يجوز استحصاناً لأن الحنفية جوزوه أن كان فيما فيه تعامل استحصاناً لهذا التعامل من لدن الرسول صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا .. والتعامل هو الداعى للجواز فغفقدان هذا التعامل يمنع الجواز .

### استصناع الآلات والمعدات :

بقى أن نعرف أن مآذكره فقهاء الحنفية من بعض المواد الخام وبعض الآلات والحاجيات دون البعض أنها هو من قبيل التمثيل فقط لا من قبيل الحصر .. وليس معنى هذا أن الأمور التى جددت أو تجد ويشيع التعامل بين الناس بها دون مصادمتها لنص شرعى يجوز التعاقد فى مثلها .. والا أصاب الناس جهد شديد وخرج بالغ ومشقة لاتحتمل .. وهذا ما تأباه الشريعة الإسلامية وعقد الاستصناع ترك القياس فيه عملاً بالاستحصان تخفيفاً على الناس ورحمة بهم فمبدأ جوازه وسببه يوجبان (٧١) عدم قصره على ما أورده فقهاء الحنفية من مواد وآلات .. فما ذكروه من الأوانى والخفاف والنعال ولجم الحديد وما شاكل ذلك يمكن أن يعتبر الاستصناع فيه جائز وفي غيره .

فهذا الذى تعومل به وغيره زادت عليه مجلة الأحكام العدلية أنواعاً يجوز الاستصناع فيها لأنه متعامل به فى وقت الدولة العثمانية : كالبندقية والسفن الحربية والتجارية ..

ويبنى على هذا كله .. أنه يجوز أن يعتبر التعامل الحاصل الآن فى الثياب والذى عده أكثر فقهاء الحنفية مما لايجوز التعامل به .. أنه جائز الآن .. لأن التعامل به فى عصرنا كثير .. فما ذكره أذن فقهاء الحنفية من أنه : لايجوز الاستصناع فى الثياب (٧٧) إنما هو منع لما كان معهوداً فى

---

(٧٦) البدائع ٢٦٧٨/٦ ، فتح القدير ٢٥٤/٥ ، حاشية ابن مابدين ١٢٢/٥ ، المبسوط ١٢٨/١٢ .  
(٧٧) البدائع ٢٦٧٨/٦ .

عصرهم من عدم التعامل به فقد علل المانعون لهذا التعاقد بقولهم (٧٨) :  
لأن القياس يأبى جوازه ، وإنما جوازه استحسانا لتعامل الناس ولا  
تعامل في الثياب .

فعلى هذا يجوز التعامل في كل مادة وفي كل آلة بشرط أن تنطبق عليه  
أحكام هذا العقد مما ليس بمنفوع شرعا وذلك لجواز التعاقد في الشريعة  
الإسلامية مطلقا مما لم يرد فيه نص أو إجماع بالتحريم (٧٩) .

### \* الفرع الثالث : اشتراط ضرب الأجل :

#### \* تهديد :

هذا الشرط يستدعى منا عدم الدخول في بيانه بصورة مباشرة .. إذ  
لا بد من ذكر لمحة تهديدية عن مفهوم الأجل ، ونوعى الأجل ودخول  
الأجل في السلم عند الحنفية .

مفهوم الأجل : الأجل في اللغة (٨٠) مدة الشيء ويقال فعلت ذلك من  
أجلك بفتح الهزة وكسرهما أى من جراك ، « استأجله فأجله » الى مدة ،  
« الأجل » ، « الأجل » ضد العاجل والعاجلة .  
فضرب الأجل معناه ضرب المدة . .

أنواع الأجل : يقسم الحنفية الأجل الى قسمين هما :-

\* أولا : أجل للاستعجال : ويقصدون به ضرب المدة القصيرة التي  
لا يقصد بها التأخير .. وإنما يقصد بها الفراغ من عمل الشيء بأقرب  
فرصة يراها .

قال صاحب العناية (٨١) : وعند الكلام عن ضرب الأجل في القسم  
الثاني الذي سيأتى فيما بعد : « أما المذكور على سبيل الاستعجال بأن  
قال على أن يفرغ غدا أو بعد غد » قال فراغ منه غدا أو بعد غد .. دليل  
على الاستعجال لا الإمهال .

(٧٨) نفس المصدر السابق .

(٧٩) راجع بحثنا في الباب التهدي من خربة المكلف في إنشاء العقود .

(٨٠) مختار الصحاح باب الهزة .

(٨١) العناية مع فتح القدير ٣٥٦/٥



❖ **ثانيا : أجل للاستمهال :** وهذا الأجل هو المتصود به عند الكلام عن الأجل على إطلاقه .

**قال صاحب العناية (٨٢) :** وأما اذا ضرب الأجل فيما لاتعامل فيه .. فإنه يصير سلما بالاتفاق ، والمراد بضرب الأجل ما ذكره على سبيل الاستمهال « .. وبما أن السلم يقصد في مشروعيته .... التيسير على الأمة فجاز مع طول المدة التي قد تصل الى السنتين ، كما في الحديث الشريف المشهور عن ابن عباس — رضى الله عنه — السالف الذكر .. فحضر الأجل في السلم ليس للاستعجال .. بل للاستمهال .. فعندئذ نرجع الى قول الحنفية في هذه النقطة فنجد الهندوانى من الحنفية يقول : (٨٢) أن ذكر المدة ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال .. فلا يصير به سلما .. وإن كان من قبل الصانع فهو سلم .. لأنه يذكره على سبيل الاستمهال .. فقول الهندوانى « فهو سلم » : يقصد بذكره : الاستمهال وهو المسدة الطويلة الموافقة لطول أجل السلم ولكى تفهم أجل السلم .. لايد من معرفة رأى الحنفية عن دخول الأجل في السلم :

**دخول الأجل في السلم :** أما دخول الأجل في السلم .. فقد اختلف فقهاء الحنفية في أدنى مدة الأجل في السلم الى مايلي (٨٤) : —

- ١ — قيل أدنى مدة هي شهر .. وهو رأى جمهور فقهاء الحنفية .
- ٢ — قيل أدنى مدة هي ثلاثة أيام : وبه قال أحمد بن أبى عمران البغدادى استاذ الطحاوى وآخرين .
- ٣ — قيل أدنى مدة هي نصف يوم فأكثر .. وبه قال أبو بكر الرازى .
- ٤ — وقيل ان تقديره يرجع الى العاقلين (٨٥) وهو كل ما يمكن نحصيل المسلم فيه (٨٦) .

**الأدلة :**

- ١ — استدل أصحاب الرأى الأول القائل : بأن أقل مدة في السلم هي شهر ١ — بما روى عن محمد أنه قدر بالشهر ثم قال تعليلا (٨٧) : ان الأجل انما

---

(٨٢) العناية مع فتح القدير ٢٥٦/٥ .

(٨٣) فتح القدير ٢٥٥/٥

(٨٤) نفس المصدر السابق ٢٣٦/٥

(٨٥) البدائع ٢١٧٥/٧

(٨٦) فتح القدير ٢٣٦/٥

(٨٧) البدائع ٢١٢٥/٧

شرط في السلم ترقيقها وتيسيرا على المسلم اليسه ليتمكن من الاكتساب في  
المسدة .. والشهر مسدة معتبرة يمكن فيها الاكتساب فيتحقق معنى  
الترقيق .. غالبا مادونه غفى حد القلة .. فكان له حكم الحلول . وفي هذا  
المعنى ذكر في فتح القدير (٨٨) : من أن الشهر أدنى الأجل وأقصى العاجل .  
ب — ما ذكره صاحب العناية فيمن حلف ليقضين دينه عاجلا غفضا  
قبل تمام الشهر بر في يمينه .. فكان مادون الشهر في حكم العاجل ،  
والشهر وما فوقه أجل .. وهذا موجود في باب الأيمان .

٢ — دليل الفريق الثاني القائل بأن أقل مدة هي ثلاثة أيام : استدل  
الفريق الثاني بأنه لما كان خيار الشرط مدته ثلاثة أيام .. فيكون الأجل هو  
كذلك (٨٩) كأجل مدة تعتبر أجلا .. فقيس (٩٠) هذا على خيار الشرط ..  
لأن مدته هي أقل مدة مقدرة شرعا ..

#### مناقشة هذا الدليل :

ناقش هذا الدليل .. كل من صاحب البدائع وصاحب العناية فقالا :  
أن هذا القياس غير سليم .. لأن أقل مدة الخيار ليس بمقدر .. والثلاثة  
أكثر مدة على أصل أبي حنيفة .. فلا يستقيم القياس (٩١) .

٣ — دليل الفريق الثالث القائل بأن أقل مدة هي نصف يوم فأكثر :  
استدلوا (٩٢) : بأن المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتأخر  
قبضه عن المجلس . ولا يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم .

٤ — دليل الفريق الرابع القائل بأن مدة الأجل يرجع فيها الى العرف  
والعادة : استدلوا بغولهم (٩٣) .. أنه ينظر الى مقدار المسلم غيه والى  
عرف الناس في تأجيل مثله .. كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار  
المعين من الزمان وفي الايضاح : فان قدرا نصف يوم جاز .

---

(٨٩) فتح القدير ٢٣٦/٥

(٩٠) البدائع ٢١٧٥/٧

(٩١) فتح القدير ٢٣٦/٥ ، البدائع ٢١٧٥/٧

(٩٢) العناية مع فتح القدير ٢١٧٥/٥

(٩٣) نفس المصدر السابق .

\* هذه لمحة عن الأجل في السلم لنصل على ضوءها الى معرفة متى يكون الأجل أجل سلم عند الحنفية ومتى لا يكون وذلك لازم لمعرفة مايفكر من تأجيل تسليم المستصنع في بعض الحالات اهو أجل سلم عند الحنفية ام لا ؟ .

#### \* رايضا :

مما سبق يظهر لى أن رأى الفريق الأول القائل بأن اقل مدة في السلم هى شهر وذلك لان المدة المحددة بزمان معين هى مدة قاطعة لاى نزاع في الأجل سواء بالنسبة لتسليم السلم فيه او بالنسبة لاى شيء آخر .  
وان المدة المقررة بشهر هى مدة في غاية الاعتدال لاجفاف غيها على البائع او على المشتري .. ولتناقشة أدلة الآخرين وضعفها يتبين رجحان رأى الفريق الأول — والله اعلم — .

#### ما المراد بالأجل المنكور في الاستصناع :

يرى أبو حنيفة انه لصحة هذا العقد خلوه عن الأجل .. فاذا ذكر الأجل في الاستصناع فميم يفسر ؟ هذا مانرى ضرورة بيانه هنا .. فمرى ان الحنفية يريدون بالأجل عند اطلاقه الأجل الذى ذكر سابقا في السلم .. والراجع عند الحنفية شهر .... فالشهر يعتبر اقل أجل السلم .. فعلى هذا اذا تكلم فقهاء الحنفية في الاستصناع عن ضرب الأجل كشرط فيه ام غير شرط .. فمراد به الشهر فما فوق .

جاء في العناية (٩٤) : والمراد بضرب الأجل ما ذكره على سبيل الاستمهال .. وقد شرحنا مسألة الاستمهال في الأجل سابقا .. فارجع اليها لتجد ان المقصود به أجل السلم .. والا فان كان اقل من ذلك فهو لايقصد به الأجل على اطلاقه .. قال في العناية (٩٥) : أما المذكور على سبيل الاستعجال بأن قال على ان يفرغ غدا أو بعد غد لا يصير سلما .. لأن ذكره للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم .. فمعنى هذا عندهم اليسوم او اليومين ليست أجلا .

---

(٩٤) العناية مع فتح القدير ٢٥٦/٥ .

(٩٥) نفس المصدر السابق .

### ✽ ضرب الأجل في الاستصناع :

نرجع هنا الى شرطنا الثالث من شروط عقد الاستصناع الخاصة  
الا وهو ضرب الأجل في الاستصناع .. فنقول :

لما دخول الأجل في الاستصناع عند وجود شرط التعامل فيه . فقد  
اختلف فقهاء الحنفية فيه الى مايلي :

١ — فعند أبي حنيفة : يشترط الا يكون هناك اجل يضرب في الاستصناع .  
وذلك لكي يستكمل عقد الاستصناع شروطه الصحيحة .. وعنده أن ضرب  
الأجل صار ملما .. فعند تطبيق عليه شروط السلم المعروفة كقبض  
البذل في المجلس مثلا .

✽ الأدلة : استدلل أبو حنيفة بالمعقول (١٦) على عدم ضرب الأجل في  
الاستصناع فيمايلي : —

١ — أن السلم عقد على مبيع في الذمة مؤجلا .. فإذا ما ضرب في  
الاستصناع أجلا أتى بمعنى السلم (١٧) .. ولو كانت الصيغة استصناعا ..  
فعنده يجوز أن ينمذ البيع بلفظ التمليك ، وكذلك الاجارة والنكاح .

✽ قال السرخسي (١٨) : وعند الكلام عن ضرب الأجل : أن الاعتبار  
ماهو المقصود وبه يختلف العقد .. لا باعتبار اللفظ ، الا ترى انه لو قال  
ملكك هذا العين بعشرة دراهم كان بيعا ولو قال بسكنى هذا الدار شهرا  
كانت اجارة فمرغنا أن الاعتبار ماهو المقصود .

٢ — أن التأجيل يختص بالديون لأنه وضع لتأخير المطالبة .. وتأخير  
المطالبة (١٩) انما يكون في عقد فيه مطالبة .. وليس ذلك الا السلم ..  
اذ لا دين في الاستصناع .. ويؤيد هذا ماورد في المبسوط (٢٠) أن  
أبو حنيفة يقول : هذا مبيع دين ، والمبيع الدين لا يكون الا سلما .. كما لو  
ذكر لفظ السلم . وبيان ماذكرنا أن المستصنع فيه مبيع .. والأجل لا يثبت  
الا في الديون . فلما ثبت فيه الأجل مرغنا أنه مبيع دين .

(١٦) البدائع ٢٦٧٩/١ .

(١٧) تحفة المنتهى ٥٣٩/٢ .

(١٨) ، (١٩) ،

### توجيه السرخسي لدليل أبي حنيفة السابق :

وقد وجه السرخسي الدليل الأول (١٠١) بأن الأجل إذا ضرب انما يقصد به الامهال وتأخير المطالبة .. وتأخير المطالبة لا تكون الا في عقد لازم .. واللزوم في السلم لافي الاستصناع . ونحن عرفنا ان الاستصناع جائز غير لازم .. فاذا ذكر كان ذكره دليلا على ارادة السلم فينعقد لذلك سلبا .

٣ - يخاطب أخيرا أبو حنيفة المخالفين : عن شيء اتفقوا جميعا عليه في الاستصناع وهو خيار الامتناع عن العمل .. الذي هو مشروع للصانع قبل العمل . فيقول أبو حنيفة عن هذا (١٠٢) : الا ترى أن لكل واحد منهما خيار الامتناع عن العمل قبل العمل بالاتفاق .. غلو اشتراط الأجل للزم الصانع عدم الامتناع عن العمل قبل العمل لوجود الأجل المضروب بينهما فعدم وجود الأجل يحق للصانع خيار الامتناع عن العمل ويسوغ له ذلك بكل سهولة .

### \* توجيه السرخسي للدليل :

قال السرخسي (١٠٢) أن الأجل مؤخر للمطالبة ويكون ذلك بعد لزوم العقد واللزوم في السلم دون الاستصناع .. غشوت الأجل غيه دليل على أنه سلم وذكر الصنعة لبيان وصف المسلم غيه .. ولهذا لو جاء به مفروغا لامن صنعته يجبر على القبول .. وبهذا تبين فساد قولهم : أنه سلم شرط فيه صنعة صانع بمينه .

### \* توضيح رأي أبي حنيفة السابق :

ولتوضيح رأي أبي حنيفة ننقل ما جاء في العناية (١٠٤) حيث ورد فيها : ولأبي حنيفة أنه دين يحتل السلم وتقريره : لانسلم أن اللفظ محكم في الاستصناع ، فان ذكر الأجل ادخله في حيز الاحتمال ، واذا كان محتملا للأمرين كان حمله على السلم أولى ، لأن .. جوازه بالاجماع بلا شبهة فيه ، وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة .. « يريد به ان في فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة » .. ولأن السلم ثابت بأية المداينة والسنة دون الاستصناع .. فكان الحمل على السلم أولى .

(١٠١) ، (٠٢) المبسوط للسرخسي ١٢/١٢٠ .

(١٠٢) البدائع ٦/٢٦٧٩ .

(١٠٤) العناية مع تلح العدير ٥/٢٥٧ .

## ✽ خلاصة رأى أبى حنيفة :

وخلاصة رأى أبى حنيفة : أن عدم ضرب الأجل شرط عنده لصحة عقد الاستصناع والا إذا كان الأجل المقصود به ليس التأجيل .. بل الاستعجال .. فضرره لا يضر العقد .. وقد بيناه مفصلا سابقا .. فعلى هذا لو ضربت مدة اقل من الشهر فلا يعتبر أجلا فيكون استصناعا على حاله .. وان ترك أبر المدة بدون ذكر أصلا فهو استصناع مع وجوب توافر الشروط الأخرى .

## ٢. — رأى الصاحبين في اشتراط الأجل :

اختلف الصاحبان « أبو يوسف ومحمد » مع أبى حنيفة في موضوع ضرب الأجل في الاستصناع .. فعندهما ضرب الأجل في الاستصناع وعدم ضربه سواء .. بمعنى أن الاستصناع صحيح شريطة أن يكون مما يجرى فيه التعامل بين الناس .

✽ فإن لم يكن متعاملا به بين الناس فهو سلم عند الجميع (١٠٥) .. وفيما يلي نصوص كتب المذهب في هذا الموضوع (١٠٦) :

✽ قال أبو يوسف ، ومحمد : ضرب الأجل في الاستصناع ليس بشرط وهو استصناع على كل حال .. ضرب فيه أجلا أم لم يضرب .. ولو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع كالثياب ونحوها أجلا ينقلب سلما في قولهم جميعا .

جاء في البسوط عند الكلام عن ضرب الأجل (١٠٧) : وهو عند أبى يوسف ومحمد استصناع أن ضرب لذلك أجلا .. وكانت تلك الصناعة معروفة ، فهو استصناع على حاله .

## الأدلة :

استدل الصاحبان بالأدلة التالية : —

---

(١٠٥) ، (١٠٦) البدائع ٢٦٧٩/٦ ، الهداية مع فتح القدير ٣٥٦/٥ ، تحفة الفقهاء ٤٩١/٢ ،  
الفتاوى الخيرية من ١٥١ ، الدرر الحكام شرح الفهر ١٩٧/٢  
(١٠٧) ١٣٩/١٢ ■

**أولاً :** العادة والعرف الجاريان في الاستصناع .. فعندهما (١٠٨) أن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع .. والاستصناع إنما جاز للتعامل .. ومن التعامل بين الناس رأى الصاحبان أن الاستصناع قدس تعورف فيه على ضرب الأجل .. فلا يتحول إلى السلم بوجود الأجل .

**ثانياً :** أن الاستصناع إذا أريد : غايته يحمل على حقيقته (١٠٩) .. فإن تلفظ بالعقد على أن المتعاقدان يتعاقدان على الاستصناع فيحافظ على مقتضاه .. وإذا كان كذلك فالأجل يحمل على الاستعجال .. لا الاستمهال .. وبهذا استطاع الصاحبان أن يخلصا من الوقوع في الخلاف مع أبي حنيفة في هذا الدليل

### \* تأييد رأى أبي حنيفة :

قال بعض الفقهاء (١١٠) أننا لا نسلم أن اللفظ محكم في الاستصناع فإن فكر الأجل أدخله في حيز الاحتمال .. وإذا كان محتملاً للأميرين كان حمله على السلم أولى . لأن جواز السلم بالاجماع بلا شبهة فيه .. وفي تعاملهم في الاستصناع نوع شبهة « أي في فعل الصحابة للتعامل في الاستصناع شبهة » .. ولأن السلم ثابت بآية المداينة (١١١) والسنة (١١٢) .. دون الاستصناع .

**ثالثاً :** وما استدلل به الصاحبان على رأيهما القائل : أن ضرب الأجل في الاستصناع لا يحوله إلى سلم .. أنه قد يقصد بضرب الأجل (١٠٣) . تأخير المطالبة وقد يقصد به تعجيل العمل .

---

(١٠٨) البدائع ٢٦٧/٦ .

(١٠٩) الدرر الحكام شرح غرر الأحكام ١٦٨/٢ ، ابن عابدين في الحاشية ٢٢٢/٥

(١١٠) الثماني مع نتج التذير ٢٥٦/٥ ، ٢٥٧ ، حاشية ابن عابدين ٢٢٢/٥

(١١١) يقصد بقوله تعالى : ( يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ) الآية .

(١١٢) يقصد به : ما روى من ابن عباس في الحديث المشهور من السلم وغيره .

(١١٣) البدائع ٢٦٧/٦ وما بعدها .

وإذا كان ضرب الأجل محتملا لهذين الأمرين وحمله على أحدهما دون الآخر لا بد من مرجح يسقط اعتبار أن الأجل أجل سلم فسلما يخرج ضرب الأجل العقد عن موضوعه ( وهو الاستصناع ) مع الشك والاحتمال بخلاف ما لو كان العقد في شيء لا يحتمل الاستصناع . لأن ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الأجل فيه تعجيل العمل .

فتعين أن يكون ضرب الأجل بتأخير المطالبة بالدين وذلك بالسلم فلا يقاس الاستصناع في شيء يحتمل الاستصناع على ما لا يصح فيه الاستصناع في أن ضرب الأجل يحوله إلى سلم مثله . وذلك للفارق المذكور .

### توجيه رأى صاحبين :

**قال السرخسي (١١٤) :** لو كان الاستصناع بذكر الأجل غيبه يصير سلما لصار السلم بحذف الأجل منه استصناعا ولو كان هذا (الاستصناع) سلما لكان سلما فاسدا لأنه يشترط فيه صنعة صانع بعينه وذلك مقصد للسلم .

**مناقشة :** جاء في المبسوط أيضا مناقشة لهذا الدليل مفادها (١١٥) : أن ما قال به صاحبان من أن السلم بحذف الأجل لا يصير استصناعا . . يشكل بالمتعة فإنه لا يصير نكاحا بحذف المدة عنه . . وهذا قياس على المتعة أريد به تفنيد رأى صاحبين وزاد عليه السرخسي بقوله (١١٦) : ثم النكاح بذكر المدة فيه يصير متعة . . وكأنه يقول فإن الاستصناع بذكر الأجل يصير سلما عند أبي حنيفة كما في النكاح عندما تذكر المدة فيه يصير متعة ومثل له السرخسي بمن تزوج امرأة شهرا (١١٧) . . والشهر هما فوق عند الحنفية يعتبر أجلا . . فعلى هذا جىء بالمثل على نفس واقع الأمر فكانت هذه المناقشة جديرة بالاهتمام .

### رأينا :

ظهر من خلال النظر في رأى أبى حنيفة والصاحبين أن رأى صاحبين

---

(١١٤) المبسوط ١٢/١٢٩ .

(١١٥) نفس المصدر السابق .

(١١٦) نفس المصدر السابق ١٢/١٤٠ .

(١١٧) نفس المصدر السابق .



هو الراجع عندى لقوة ادلتها أولا ولأن التأجيل اذا دخل العقد لا يحوله الى الالتزام فانه لا يضر فيكون بعيدا من السلم من هذه الوجهة .

راى آخر :

هناك راى آخر حول ضرب الأجل فى الاستصناع فقد نقل لنا راى الهندوانى (١١٨) . . اذ يقول : ان كان ذكر المدة من قبل المستصنع فهو للاستعجال ولا يصير به سلما (١١٩) .

### ملخص مسائل التعامل والأجل السابقة الذكر :

يحسن بنا اتباما للبحث فى هذا الموضوع الهام فى نظرى ، والذي ان كنا قد أصبنا فيعوجه الحقيقة بتوفيق من الله . . ان نذكر تلخيصا لشارح المجلة العدلية (١٢٠) اسجله فيهايلي :

١ — اذا لم تبين المدة فى الأشياء التى جرى التعامل باستصناعها . . فالمعقد عقد استصناع بالاجماع .

٢ — اذا كانت المدة المبينة اقل من شهر اى لم تبلغ المدة التى يصح بها السلم والأشياء مما جرى التعامل به على الاستصناع فهو كذلك عقد استصناع بالاجماع .

٣ — اذا كانت المدة المبينة فى الأشياء التى تستصنع عادة شهرا او اكثر من شهر فهو عقد استصناع عند المصالحين . وعقد سلم عند أبى حنيفة .

٤ — اذا كانت المدة لاقل من شهر اى للأجل الذى يصح به السلم ، والأشياء مما لم تستصنع عادة فهو سلم بالاجماع .

٥ — اذا لم تبين المدة فى الأشياء التى لم يجر التعامل بهسا على وجه الاستصناع فظاهر المجلة أنه عقد استصناع . والحق أنه عقد فاسد كما صرح به الكتب الفقهية .

---

(١١٨) نفس المصدر السابق .

(١١٩) أورده داود الخطيب فى الفتاوى الغيلانية من ١٥١ نقلا عن الفقيه أبى جعفر هذا

الراى وقال : وهذا كله على قول أبى حنيفة . انظر المبسوط ١٢٠/١٢ .

(١٢٠) درر الحكم شرح مجلة الأحكام ٢٥٨/١ .

❖ تنبيه :

هناك شرطان وضعتهما المجلة العدلية (١٢١) للاستصناع هما :

الأول : أن تكون المادة من الصانع ..

الثاني : أن يكون العمل من الصانع ..

❖ فهذان الشرطان يذكران عند فقهاء الحنفية ضمن الكلام عن صورة الاستصناع (١٢٢) ، ولعدم وجود تفصيل لهذين الشرطين أردت التنويه عليهما ليكونا محل نظر إذ أن هذين الأمرين هما : النقطة التي يفترق بها الاستصناع عن الاجارة على الصنع والبيع المطلق .



---

(١٢١) ت.م.

(١٢٢) انظر فتح القدير ٢٥٤/٥ ، البدائع ٢٦٧٧/٦ .

### ✽ المبحث الثالث :

#### ✽ شروط الاستصناع في النظام الوضعي :

##### تهديد :

لما كان الاستصناع يدخل ضمن المعاولة في النظام الوضعي فسأتكلم عن شروط المعاولة الخاصة بها في هذا المبحث .

عند كلامنا عن مقومات عقد المعاولة سابقا قلنا بأن أركانها ثلاث :

#### ✽ التراضي . ✽ المحل . ✽ السبب .

وهنا سنعطى فكرة موجزة عن شروط هذه الأركان . وقلنا بأن السبب محل البحث فيه ليس :

١ - شروط التراضي : أن شروط التراضي في عقد المعاولة على نوعين (١٢٢) :  
أولا : شروط الاعتقاد في التراضي ثانيا : شروط الصحة في التراضي .  
واليك بيان هذين الشرطين موجزا .

#### أولا : شروط الاعتقاد في التراضي : وتكون على الوجه التالي :

توافق الإيجاب والقبول . . فيجب لاعتقاد المعاولة أن يتطابق الإيجاب والقبول على عناصرها . . فيتم التراضي بين رب العمل والمعاول على ماهية العقد والعمل الذي يؤديه المعاول لرب العمل . . والاجر الذي يتقاضاه .

✽ التصميم والمقايضة وفتر الشروط : ويكون عقد المعاولة مصحوبا بالتصميم الذي يجري على مقتضاه العمل ، المقايضة : وهي بيان للأعمال والمساو المستعملة والأجرة . . . الخ . وفتر الشروط : أي شروط المعاولة بالتفصيل .

#### ثانيا : شروط الصحة في التراضي : وتكون على الوجه التالي :

الاهلية والسلامة من عيوب الإرادة : فيجب في المعاولة مايجب في كل عقد من توافر الاهلية التامة وسلامة التراضي من عيوب الإرادة . . فان

---

(١٢٢) الوسيط ٢٧/٢ .

كان التراضي صادرا من ناقص الأهلية أو كان معيبا بعيب من عيوب الإرادة كانت المفاوضة قابلة للإبطال .

## ٢ - شروط المحل :

المحل في عقد المفاوضة مزدوج ويمكن القول من أنه على نوعين « الأجر ، العمل » . لذا .. يجب بيان مايلي :-

أولا : الشروط الواجب توافرها في العمل : وهي طبقا للقواعد العامة تكون على الوجه الآتي :-

- ١ - أن يكون العمل ممكنا .
- ٢ - أن يكون العمل معينا . أو قابلا للتعين .
- ٣ - أن يكون العمل مشروعاً .

ثانيا : الشروط الواجب توافرها في الأجر : وهي طبقا للقواعد العامة أيضا تكون على الوجه الآتي :-

جاء في مصادر الحق (١٢٤) .. أن الإيجاب والقبول يفرضان بدهة وجود المحل ولما السبب غلته يمكن القول بخصوصه بأن الفقه الاسلامي يعرف في بعض مذاهبه نظرية السبب .

ثم ان شرائط انعقاد العامة في العقد موافقة القبول للإيجاب ، واتحاد المجلس .. وفي العاقد : العقل والتعدد ، وفي المعقود عليه : أن يكون ممكنا ومعينا أو قابلا للتعين وصالحا للتعامل .  
غالركان والشرائط في الفقهي واحد مع اختلاف يفسر في التعبير .



---

(١٢٤) مصادر الحق للمستهورى ٢٦٢/٤ ، ٢٦٣ .

## الباب الخامس عقد الاستصناع بين الزوم وعدمه

\* \* \*

الفصل الأول : مكانة عقد الاستصناع من العقود المسماة .

الفصل الثاني : تقسيم العقود بالنسبة للزوم وعدمه .  
عند أصحاب الاتجاه الأول ، ومثالة الاستصناع منها .

الفصل الثالث : المراحل التي يمر بها الاستصناع وحكم كل مرحلة  
من جهة الزوم وعدمه عند أصحاب الاتجاه الأول .

الفصل الرابع : الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى نهايته .

الفصل الخامس : آثار عقد الاستصناع .

الفصل السادس : لزوم عقد الاستصناع أو عدم لزومه في النظام الوضعي



## \* الفصل الأول : موقف عقد الاستصناع من العقود المسماة :

تمهيد : عقد الاستصناع من العقود المسماة التي اعتبرها فقهاء الحنفية من أنواع البيع ولكنها تختلف عنه . . غالبية عندهم عقد لازم ، أما الاستصناع فلم يكن هكذا عقدا لازما على إطلاقه ، أو على الأقل لم يسلم من اختلاف فقهاء الحنفية أنفسهم حوله وما قيل بأنه عقد غير لازم (١) مطلقا غير صحيح . . لذا سنتكلم في هذا البحث في صفته هل هو لازم أم لا؟ وقبل الخوض في هذا البحث يحسن الكلام عما يلي :-

١ - مفهوم اللزوم في اللغة وفي الاصطلاح .

٢ - موقف القانون الوضعي من اللزوم والالتزام .

\* واليك بيان هذين الأمرين :-

### ١ - مفهوم اللزوم في اللغة والاصطلاح :

١ - اللزوم في اللغة : جاء في المصباح المنير (٢) : لزم الشيء لزوما ثبت ودام . ويتعدى بالهمزة فيقال ألزمته : أى أثبتته وأدبته . . ولزمه المال : وجب عليه . ولزمه الطلاق : وجب حكمه وهو قطع الزوجية . . وألزمته المال والعمل وغيره فألزمه .

ب - اللزوم في اصطلاح الفقهاء : عرفنا بأن اللزوم مادته لزم ، ويتعدى بالهمزة فيكون الزاما . . إلا أن الفقهاء يفرقون بين الالتزام الذي هو بمعنى الثبوت والوجوب . . . . . والالتزام : الذي هو بمعنى إرادة شغل الذمة بشيء اختيارا وفق إرادته . .

ويظهر هذا عند تعرض الفقهاء لتعريف الذمة والفرقة بينها وبين الأهلية . . ففى الأشباه والنظائر (٣) : أن الذمة أمر شرعى مقدر فى المحل يقبل الالتزام والالتزام .

(١) تحفة الفقهاء ٥٣٨/٢ .

(٢) المصباح المنير : لأحمد المعرى الفيوى ٢١٥/٢ .

(٣) حاشية الحموى على الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢١١/٢ سنة الطبع ١٢٩٠ هـ .

وفي قواعد الأحكام لابن عبد السلام (٤) : إن الذم هو تقدير الإنسان  
يصلح للالتزام والالتزام من غير تحقق له .

وفي كشف القناع (٥) : الذمة وصف يصير المكلف أهلاً للالتزام  
والالتزام .

وفي الفروق للقرافي (٦) : العبارة الكاشفة عن الذمة أنها معنى شرعى  
مقدر فى المكلف ، قابل للالتزام واللزوم . . وهذا المعنى جعله الشرع  
سبباً على أشياء خاصة منها البلوغ ومنها الرشد . . فمن اجتمعت له  
هذه الشروط رتب المشرع عليها تقدير معنى فيه يقبل الزامه أرش الجنايات ،  
وأجر الاجارات واثمان المعاملات ونحو ذلك من التصرفات . . ويقبل  
التزامه اذا التزم أشياء اختياراً من قبل نفسه لزمه .

✽ خلاصة ما تقدم :

اللزوم أمر يقرره المشرع اذا توغرت شروط معينة فى التصرف وهو  
بذلك يخطف من الالتزام : فهذا الأخير يقرره الشخص باختياره ابتداء  
وأثره المباشر شغل ذمته بأمر (٧) .

## ٢ - موقف القانون الوضعى من اللزوم والالتزام :

الالتزام فى النظام الوضعى : هو (٨) التعبير الذى يجمع سائر ما يلزم  
الشارع به الإنسان وينتج تحت ذلك ما ينشأ عن النظام والعمل  
المشروع ، والعمل غير المشروع من الزامات . . وليس الضمان الا صورة  
من صور الالتزام .

أما تعبير الالتزام : فهو التعبير الذى يجمع ما يوجب الشخص على  
نفسه باختياره من الأمور الجائزة نظاماً . . فمن يشتري يلتزم بالوفاء  
بثمنه وهذا أمر يتم بإرادته . . لكن من يصدم شخصاً بعريقته يلتزم  
بتعويضه كما يدعى الفقه الغربى وإنما هو « يلزم » بالتعويض . . لأن  
الالتزام ينشأ بالإرادة ، والالتزام ينشأ جبراً عن الإرادة من السلطة  
الحاكمة .

(٤) قواعد الأحكام لابن عبد السلام ١٠٩/٢

(٥) كشف القناع لليوسى ١١٧/٢ - سنة الطبع ١٣٥٩ هـ

(٦) الفروق للقرافى ١٨٢/٢ فرق (٢٢١)

(٧) نظرية الالتزام للمطهر ص ١٨

(٨) نفس المصدر السابق .



## \* الفصل الثانى : تقسيم العقود بالنسبة للزوم وعدمه :

### تمهيد :

قبل الدخول فى معرفة ما اذا كان الاستصناع عقدا لازما او غير لازم لابد من بيان اقسام العقود فى الشريعة الاسلامية من حيث اللزوم وعدمه .  
\* اقسام العقود : تقسم العقود الى اربعة اقسام بالنسبة الى اللزوم وعدمه : وهى :

١ — العقود اللازمة بحق الطرفين والتي لا تقبل الفسخ بطريق الإقالة ..

ومثال ذلك : عقد الزواج .. غايته لا يرتفع بالتقابل أى « انه لا يقبل الانهاء الاتفاقى ولكنه يقبل الانهاء بطرق شرعية مخصوصة كالطلاق والخلع وما الى ذلك .

٢ — العقود اللازمة بحق الطرفين .. والتي تقبل الفسخ والالغاء بطريق الإقالة أى « باتفاق المتعاقدين كالبيع والصلح » .

٣ — العقود اللازمة بحق احد الطرفين فقط : كالرهن والكفالة .. غايتها لازمان بالنسبة الى الراهن والكفيل .. وغير لازمة بالنسبة الى الى الدائن المرتهن والمكفول له .. لانها لمصلحته الشخصية توثيقا لحقه .. فله حق التخلّى عن توثيق دينه متى شاء بفسخ الرهن والكفالة .

٤ — عقود غير لازمة : قام الزرقا (١) بدراسة انواع هذه العقود فقال عنها مجلا . بأن عدم اللزوم ولو فى بعض الاحوال صفة ثابتة لها . وهى تسعة عقود نقسمها الى ثلاثة انواع بحسب كون عدم اللزوم فيها مطلقا او مقيدا .. وكونه أصيلا او استثنائيا وهذه الانواع هى :

\* **النوع الاول** : عقود غير لازمة فى حق كلا الطرفين وهى ثلاثة : الاعارة ، والشركة ، والمضاربة .

**فالمضاربة** مثلا يحق فيها الفسخ والتصفية لكل من الشريكين الحسب فى ذلك متى شاء على ان يعلم الشريك الآخر .. فلا يسرى حكم الفسخ الا من تاريخ علمه .

(١) المدخل القمى للزرقا ١/٢٨٨

✽ **النوع الثاني :** عقود الأصل فيها عدم اللزوم .. ولكنها تلزم في بعض الأحوال وجبلة عقود هذا النوع أربعة : « الوكالة ، التحكيم ، الوصية ، الهبة » ..

**ويقال عن التحكيم :** هو أن يحتكم طرفان مختصمان إلى شخص يختارانه برضاهما ليكون حاكما بينهما في دعواهما بدلا من القاضي فكل واحد من الطرفين له أن ينسخ عقد التحكيم، ويعزل المحكم قبل أن يحكم .. أما بعد صدور الحكم منه فلا .. بل يصبح التحكيم لازما .

✽ **النوع الثالث :** عقود الأصل فيها اللزوم ولكن في طبيعتها شيئا من عدم اللزوم في ظروف محدودة .. وهذا النوع عكس النوع الثاني ، وجبلة عقود اثنان : هيا : الإجارة ، المزارعة (٢) ..

والمزارعة نوع شركة على استثمار الأرض بالزرع .. تكون فيها الأرض من طرف والعمل من طرف آخر .. فيجوز للطرف الذي عليه تقسيم البذر أن يعدل عن المزارعة وينسخ عقدها .. ولكن ذلك قبل القاء البذر في الأرض .. أما بعد القاء البذر في الأرض .. فإن المزارعة تصبح لازمة حتى في حق صاحب البذر (٣) .

#### **موقف عقد الاستصناع من هذه الأنواع :**

أما عقد الاستصناع فقد وضعه الزرعا (٤) في مكان مستقل عن العقود غير اللازمة .. فقال عنه : وهناك عقد عاشر تفرده بالذكر في هذه المناسبة كان يعتبر في أصل المذهب الحنفى غير لازم ، فأصبح لدينا بمقتضى نصوص المجلة لازما (٥) .

فالاستصناع وهو « شراء ما يصنع بطريق التوصية » يجوز فيه لكل من الطرفين غسخه في أصل المذهب بلا خلاف مادام الشيء لم يصنع .. أما بعد صنعه واحضاره فيكون للمستصنع حق في الفسخ من قبيل خيسار الرؤية على الراى الراجع .

(٢) المدخل للزرا ١/٥٣ .

(٣) نفس المصدر السابق ١ ص ٤٥٥

(٤) نفس المصدر السابق ١/٥٦ وما بعدها .

(٥) يعتمد بذلك ما جاء في لائحة الأساليب الموجبة .. من متعة المجلة المعدية .. انظر المجلة المعدية في مبدئها المايونية . ويتصد أيضا أن العمل في سوريا كان تشا على اعتبار عقد الاستصناع عقدا لازما .

الا ان المجلة .. في المسادة / ٣٩٢ اخذت بلزوم العقد في حق الطرفين منذ انعقاده .. الا اذا جاء المصنوع مغايرا للأوصاف المعينة في العقد وعندئذ يكون للمستصنع حق الفسخ بمقتضى خيار فوات الوصف المشروط لا بمقتضى عدم اللزوم في عقد الاستصناع .

بعد هذا البيان لمعنى اللزوم والالتزام واتسام العقود بالنسبية الى اللزوم وعدمه .. ارى ولكى ترجع عقد الاستصناع الى احسب هذين التوعين .. ان نلقى نظرة على المراحل التى يمر بها عقد الاستصناع ومن خلالها نقرأ ماكتبه فقهاء الحنفية عن موقفهم من لزوم هذا العقد او عدم لزومه فى كل مرحلة من مراحل .. وهل هو عقد لازم فى كل مراحل له ام اللزوم فى مرحلة دون أخرى .. ومن ثم وللصلة القوية بين هذا الموضوع .. وموضوع الآثار المترتبة على عقد الاستصناع .. سنتكلم عن مدى آثار عقد الاستصناع .

\* \* \*

**\* الفصل الثالث :** المراحل التي يمر بها الاستصناع ، وحكم كل مرحلة منها من جهة اللزوم وعدمه عند أصحاب الاتجاه الأول :

**تمهيد :**

يمر الاستصناع بمراحل ثلاث تقريبا حتى يكتمل وسمى مايلي :

**أولا :** مرحلة ما قبل الصنع .

**ثانيا :** مرحلة ما بعد الصنع وقبل الرؤية للمصنوع من المستصنع .

**ثالثا :** مرحلة ما بعد الصنع وبعد الرؤية للمصنوع .

ولكل تفصيل فيها سنورده في المباحث التالية :

**\* المبحث الأول : مرحلة ما قبل الصنع :**

ان هذه المرحلة تكون بعد التعاقد . . . ولما كان الاستصناع غير جائز قياسا لذا . . . فالحنفية يرون أنه عقد جائز غير لازم لكلا الطرفين . . . فعندهم يحق للطرفين عدم المضي في العقد .

**رأى المجلة في هذه المرحلة :** جاء في المجلة العدلية (١) . . . ان الاستصناع لازم لكلا الطرفين بعد انعقاد العقد وقد نسبوا هذا الرأي لأبي يوسف . . . ولكنى لم اعثر على هذا الرأي لأبي يوسف فيها لدى من مراجع . . .

**جاء في التحفة (٢) :** لكل واحد منهما الخيار في الامتناع قبيل العمل . وجاء في البدائع أيضا (٣) في معرض الكلام عن صفة الاستصناع : اما صفة الاستصناع فهي أنه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعا بلا خلاف .

**سبب كونه غير لازم :** بعد ان عرفنا أنه غير لازم بالنسبة للطرفين في المرحلة الأولى لابد من معرفة أسباب عدم اللزوم في هذه المرحلة :

**قال فقهاء الحنفية :** أن القياس يابى الاستصناع ، ومادام كذلك فإن في الزام الطرفين بذلك يعنى أن يكون هناك دليل قوى يثبت اللزوم هذا ،

(١) المادة ٣١٢/

(٢) ٥٣٩/٢

(٣) ٢٦٧٩/٦ وما بعدها .

ويترقب عليه اثار عديدة .. لكن الاستصناع جاء على خلاف القياس ..  
فيجب ان يراعى فيه ما هو موجود .. لهذا قلنا بعدم اللزوم مراعاة لما  
يقتضى به القياس من عدم جوازه .

جاء في البدائع (٤) — وعند الكلام عن سبب عدم اللزوم قبل الصنع :  
ان القياس يقتضى ان لايجوز .. وانما عرفنا جوازه استحسانا لتعامل  
الناس فبقى اللزوم على اصل القياس .

ثم قاس الكاسانى مسألة عدم اللزوم واثبات الخيار للصانع .. بأنه  
يحق للطرفين الامتناع قبل العمل عن العمل على البيع المشروط فيه الخيار  
للمتبايعين فقال (٥) : حتى كان لكل واحد منها خيار الامتناع قبل العمل ..  
كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين .. وان لكل واحد منهما الفسخ .

اما الموسوعة الفقهية (٦) فحلت ذلك بقولها : لان الزام الصانع بالماضي  
ضرر له من ناحية انه اتلاف لثله في عمل المطلوب وقد لايرضى المستصنع  
فكان له ان يفسخ ولايمضى .. واما المستصنع فلانه قد اشترى ما لم يره ..  
فكان له الخيار في الفسخ قبل الرؤية .

راى آخر : هناك راى يرى ان اللزوم ثابت في الاستصناع في هذه  
المرحلة نهى مع باقى المراحل في اللزوم : جاء في المسادة (٣٩٢) من المجلة  
العقدية قولها : اذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع عنه ..  
واذا لم يكن المصنوع على الاوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيرا .

فجعل اللزوم يبدأ منذ التعاقد وحتى نهايته . مع غرق واحد وهو  
ان يكون اللزوم منتفيا حين الاخلال بالواصفات ، وعدم اللزوم هذا خاص  
بالمستصنع فيحق له الفسخ لهذا السبب . فالصانع على راى المجلة (٧) ..  
مجبر على العمل للشيء المطلوب صنعه ولايحق له الرجوع عن ذلك .

**ودليلهم (٨) :** ان الاستصناع بيع والبيع عقد لازم لايرد عليه الخيار ..  
والصانع يعتبر بائعا ، والبائع لاخيار له .

---

(١) ٢٦٧٩/٦ ومابعدها .

(٥) نفس المصدر السابق .

(٦) ١٢/٧

(٧) دور الحكام لعلي حيدر ، شرح المسادة / ٣٩٢

(٨) نفس المصدر السابق .

أما المستصنع .. فعند المجلة ملزم بالقبول اذا كان موافقا للأوصاف  
التي بينها الصانع منذ بدء التعاقد ..

وحجتهم في ذلك .. أنه لو جعل له الخيار للحق البائع اضرار ولأنه قد  
لا يرغب في المصنوع أحد غير المستصنع .

### **المبحث الثاني: مرحلة ما بعد الصنع وعدم رؤية المستصنع للمصنوع**

وهذه المرحلة تعتبر مرحلة وسط اذ تم الصنع للمادة المطلوبة بها . لكن  
المستصنع لم يرها بعد .. فهل العقد لازم بحسب الطرفين ؟ أم بحسب  
أحدهما ؟ أم غير ذلك ؟ .

**قال صاحب التحفة عند الكلام عن هذه المرحلة (٩) :** بعد الفراغ من  
العمل للصانع والمستصنع الخيار .. وقد أشار صاحب التحفة الى  
قضية واضحة الظهور عند فقهاء الحنفية وهي أن الطرفين لم يلزما  
بالمعقد .. لأنه قد أعطى للصانع الحق في أن يصنعها ويبيعها الى من  
يريدها .. فهذا الحق يفقد فيما لو أصبح العقد لازما . وكذلك يحق للصانع  
أن يأتي بالمطلوب من صانع آخر أو من مصنع أو محل آخر اذا كانت  
على الأوصاف المطلوبة .. وهذا يعني أن المصنوع لم يكن معينا .. إنما  
وقع على مبيع في الذمة .. كما يقول محمد صاحب أبي حنيفة في تعليق عدم  
اللزوم عنده .

**قال صاحب التحفة (١٠) ، وفتح القدير (١١) :** حتى أن الصانع لو باعه  
قبل أن يراه المستصنع جاز لأنه ليس بمعقد لازم .. وأيد هذا الكاساني  
بقوله (١٢) : وما بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذلك حتى  
كان للصانع أن يبيعه من يشاء .. كذا ذكر في الأصل .

**أما علته عند الكاساني فهي :** لأن المعقد ما وقع على عين المبيع ..  
بل على مثله في الذمة .. لأنه لو اشترى من مكان آخر وسلم اليه جاز .

(٩) ٥٢٩/٢ .

(١٠) تحفة المنتهى ٢٠٥/٢ .

(١١) فتح القدير ٣٥٧/٥ .

(١٢) انظر البدائع ١٦٧٩/٦ .

### المبحث الثالث: مرحلة ما بعد الصنع ورؤية المستصنع لها.

هذه المرحلة هي آخر مرحلة يصل اليها المتعاقدان في الاستصناع .. وهي التي يتم فيها صنع المستصنع ويراه المستصنع غايما ان يكون وفق المواصفات واما ان يكون مخالفا لها .. والكلام في هذه المرحلة نوثقين :

\* **الاول :** عند عدم مطابقة المصنوع للشروط والمواصفات المطلوبة .

\* **الثاني :** عند المطابقة للشروط والمواصفات المطلوبة .

\* **وفيما يلي التفصيل :**

**الاول : عند عدم المطابقة للمطلوب صنعه :**

اذا قدم الصانع المستصنع فيه ورآه المستصنع .. لكن وجده غير مطابق لما تعاقد عليه مع الصانع فالمستصنع غير ملزم بالاستسلام ولا يدفع الثمن ان لم يكن قد دفع مسبقا .. لأن مدار العقد هو دفع الحاجة .. والحاجة للمواصفات المطلوبة بالمصنوع هي المهمة .. فان غابت الحاجة .. ونحن نعرف ان هذا انما يكون على وفق ما اتفقا عليه فيمكن ان يتراجع المستصنع مثلا عن بعض المواصفات الناقصة او يدفع الصانع بعض الثمن عن المخالفة .. او ينقص من الثمن .. وهذه الاحتمالات هي غير محل بحثنا .. لانها واردة ، ويمكن ان يعملها المتعاقدان بشرط عدم مخالفة الشرع في اى منها .

لهذا .. جاءت المادة (٣٩٢) من المجلة العنلية بها نصه : « اذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة .. كان المستصنع مخيرا . » وقيل في هذه المادة بأنه (١٣) اذا كان المصنوع غير موافق للأوصاف المطلوبة .. وكان النقص الموجود فيه من قبيل العيب ، فللمستصنع خيار العيب .. وان كان من قبيل الوصف ، غلّه خيار الوصف .. ان شاء قبله ، وان شاء رده ، ومتى قبله بعد رؤيته فليس له رده .

وسأوضح غيها بعد .. ان شاء الله — مبدا خيار الرؤية والمدة المطلوبة فيه ومتى يسقط وينتفى الوقت أنكلم عن خيار العيب .

---

(١٢) مرر الحكم . شرح المسألة / ٣٩٢

الثانى : اما الشق الثانى الذى اشرنا للقسم الاول منه فهو ان يسلم الصانع المستصنع غيه مطابقا للأوصاف المطلوبة ويراه المستصنع .. وفى هذا اختلف فقهاء الحنفية فى كون العقد ملزما أم غير ملزم على التفصيل  
التالى :-

#### ١ - بالنسبة للصانع :

الزم جمهور فقهاء الحنفية الصانع بالتسليم بعد العمل وهو الأصح عندهم وقيل أن هذا هو جواب ظاهر الرواية عن أبى حنيفة ، وأبى يوسف .

\* جاء فى فتح القدير (١٤) : أما بعد ما رآه « المستصنع » .. فالأصح أنه لا خيار للصانع .. بل اذا قبله المستصنع أجبر على دفعه لأنه بالآخرة بائع ..

\* وفى البدائع (١٥) : أما اذا حضر الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع .. وعلل الكاسانى سقوط الخيار عن الصانع ولزوم العقد بحقة : بأن الصانع يائع مالم يره .. فلا خيار له .

\* أما صاحب العناية : فقد علله بقوله (١٦) : ومن هو كذلك لا خيار له بناء على جعله بيعا لعدة .. فالصانع بالاحضار اسقط خيار نفسه .. والدليل فى ذلك .. القياس ، فقد شبه عقد الاستصناع بعقد البيع المطلق الذى شرط غيه الخيار للمعاقدين بجامع أن كليهما ثبت غيهما الخيار فالبيع الذى شرط غيه الخيار للمعاقدين عند الحنفية اذا اسقط أحدهما خياره لا يسقط عن الثانى ويكون لازما .. بل يبقى خيار الثانى حتى يسقطه بنفسه .. لهذا قال الكاسانى أن الاستصناع « كالبيع » الذى غيه شرط الخيار للمعاقدين اذا اسقط أحدهما خياره يبقى خيار الآخر (١٧) ..

ونسب الكاسانى هذا القول الى أنه جواب ظاهر الرواية عن أبى حنيفة ، وأبى يوسف

(١٤) ٢٥٧/٥

(١٥) ٢٦٧٩/٦

(١٦) العناية مع فتح القدير ٢٥٧/٥

(١٧) البدائع ٢٦٧٩/٦



### رواية أخرى عن أبي حنيفة :

أوردت كتب الفقه الحنفى رواية أخرى عن أبي حنيفة في هذه المسألة تقول هذه الرواية أن الصانع في عقد الاستصناع له الخيار المستصنع .. ووجه هذه الرواية على أن التخيير لهما فيه دفع الضرر عنهما وهو واجب .  
**جاء في البدائع (١٨) :** ولأبي حنيفة أن لكل واحد منهما الخيار « أى الصانع والمستصنع » .. ووجه رواية أبي حنيفة : أن في تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه وأنه واجب .

**وجاء في فتاوى الفياثية (١٩) :** قال الخطيب : أن الروايات مختلفة في لزومه وعدمه .. والمختار ما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة : أنه ليس يلزم من الجانبين حتى لا يجبر الصانع على العمل .. ولا المستصنع على قبوله إذا أتى به الصانع .. بل يخير كل واحد منهما ..

**وفي العناية (٢٠) :** وعن أبي حنيفة : أن له الخيار أيضا « للصانع ، أن شاء فعل ، وأن شاء ترك دفعا للضرر عنسه .. لأنه لا يمكنه تسليم العقود عليه إلا بضرر وهو قطع الصرم وإتلاف الخيط .

### \* الرواية الثانية عن أبي يوسف :

في هذه المسألة أيضا جاءت رواية ثانية لأبي يوسف **مفادها :** أن كلا من الطرفين « الصانع والمستصنع » ملزم بالعقد ولأخير له . وقد وجهت هذه الرواية على أن الصانع قد أفسد متاعه ، وجاء بالمطلوب فلو لم يلزم المستصنع لأصاب الصانع ضرر .

**جاء في البدائع (٢١) :** روى عن أبي يوسف : أنه لا خيار للصانع والمستصنع جميعا « أى أنه يلزمهما العقد » .

**وجه رواية أبي يوسف :** قال الكاسانى (٢٢) : أن الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة . فلو كان للمستصنع الامتناع من أخذه لكان فيه إضرار بالصانع بخلاف ما إذا قطع الجلد ولم

(١٨) نفس المصدر السابق .

(١٩) الفتاوى الفياثية ص ١٥١ .

(٢٠) العناية مع فتح القدير ٢٥٥/٥ .

(٢١) البدائع ٢٦٨٠/٦ وما بعدها .

(٢٢) نفس المصدر السابق .

يعمل .. فقال المستصنع : لا أريد ! لأننا لا ندرى أن العمل يقع على الصفة المشروطة أو لا ؟ . فلم يكن الامتناع منه اضرار بصاحبه فثبت الخيار ..  
أما صاحب العناية : فقد زاد على ذلك توضيحا لرأى أبى يوسف السابق فقال (٢٣) : أن في اثبات الخيار للمستصنع اضرار للمصانع لأنه ربما لا يشتريه غيره بمثله .

#### \* الرأى المختار عند الكاسانى :

أيد الكاسانى ما جاء في جواب ظاهر الرواية القائل بأن العقد لازم بحق الصانع فقط .. وعلى هذا الترجيح بأن الاستصناع انما شرع لدفع حاجة المستصنع فعند عدم الزام الصانع لا تندفع هذه الحاجة .

جاء في البدائع (٢٤) : الصحيح جواب ظاهر الرواية لأن في اثبات الخيار للصانع ( أى عدم الزامه ) . ما شرع له الاستصناع وهو دفع حاجة المستصنع لأنه متى ثبت الخيار للصانع .. فكل ما فرغ عنه يبيعه من غير المستصنع .. فلا تندفع حاجة المستصنع .

#### \* مناقشة الكاسانى لرأى أبى يوسف في الرواية الثانية :

ناقش الكاسانى رأى أبى يوسف القائل : بأن عقد الاستصناع عقد لازم لكلا الطرفين .. لأن الصانع يتضرر بإثبات الخيار للمستصنع أى عدم الزامه بالعقد .

قال الكاسانى (٢٥) : أن هذا الكلام مسلم .. لكن ضرر المستصنع بإبطال الخيار فوق ضرر الصانع بإثبات الخيار للمستصنع .. لأن المصنوع لم يلائمه وطولب بثمنه لا يمكنه بيع المصنوع من غيره بقيمة مثله .. ولا يتعذر ذلك على الصانع لكثرة ممارسته وانتصابه لذلك .. ولأن المستصنع اذا غرم ثمنه ولم تندفع حاجته لم يحصل ما شرع له الاستصناع .. وهو اندفاع حاجة المستصنع .. فلا بد من اثبات الخيار للمستصنع .

---

(٢٣) العناية مع فتح القدير ٢٥٥/٥ وما بعدها .

(٢٤) البدائع ٢٦٧٧/٦ وما بعدها .

(٢٥) البدائع ٢٦٨٠/٦ .

## ٢ - بالنسبة للمستصنع :

أما المستصنع فنريد هنا بيان حكم التعامل الذي يقوم به بعد ان رأى المستصنع فيه .... وفق المواصفات المطلوبة .. فهل العقد لازم بحقه أم لا ؟

اختلف فقهاء الحنفية في هذه المسألة بين فريقين :

✽ **الأول :** يرى أن المستصنع ملزم بالقبول إذا رآه وفق المواصفات المطلوبة .

✽ **الثاني :** يرى أن المستصنع غير ملزم وله الخيار .. ولو كان وفق المواصفات المطلوبة .. ولكل رأيه وحجته .. **واليك التفصيل :**

**الأول :** ذكر صاحب التحفة (٢٦) هذه المرحلة شارحاً موقف المستصنع منها بقوله : فيما إذا رآه المستصنع .. فلا خيار له .. وذلك لأنه بيع في الذمة بمنزلة السلم ... ونسب صاحب التحفة هذا الرأي لأبي يوسف .  
✽ **وجاء في الهداية (٢٧) في معرض الكلام عن المستصنع :** وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما .

**أما ابن الهمام :** فقد قال (٢٨) : وأما المستصنع فلأن الصانع ألتف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل الى يده .. فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع . لأن غيره لا يشترط بمثله . الا ترى ان الواعد اذا استصنع متبراً ولم يأخذه ... فالعاسي لا يشترط أصلاً .. فان قبل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبراً .

وقد يرد اعتراض على هذا مثلما أورده ابن الهمام : وهو جواز ان يكون الرضا على ظن أن المستصنع مجبور على القبول .. وهذا راجع لجهل الصانع .. أجاب ابن الهمام على مثل مآلو اعتراض بمثل هذا الاعتراض بقوله (٢٩) : أن الجهل لا يصلح عذراً في دار الاسلام فيقال : أن خيار المستصنع . اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا . ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام علم أقوال جميع المجتهدين .. وإنما الجهل ليس بعذر بدار الاسلام في الفرائض التي لابد لتمام الدين فيها الا في حيازة جميع المجتهدين وفيه نظر .. لأن غير الأب والجد اذا زوج الصغيرة بحر ثم بلغت .. فان لها خيار البلوغ ، فان سكنت لجهلها بأن لها الخيار ..

(٢٦) ٥٢٨/٢ .

(٢٧) الهداية مع نتج التقدير ٢٥٥/٥ وما بعدها .

(٢٨) فتح التقدير ٢٥٥/٥ . وما بعدها .

(٢٩) فتح التقدير ٢٥٥/٥ .

يطل خيارها .. فان الجهل في دار الاسلام ليس بعذر في الفرائض التي لابد  
لاقامة الدين فيها .

**قال السرخسي في مبسوطه (٢٠) :** اذا جاء الصانع بالمستصنع فيه  
كما وصفه المستصنع فلا خيار للمستصنع استحسانا .. رواية عن ابي  
يوسف .

**علة هذا :** علل الكاساني هذا بقوله : وذلك لدفع الضرر عن الصانع  
في اغساد ائيمه وآلانه فربما لا يرغب غيره في شرائه .. على تلك الصفة .  
فلدفع الضرر عنه قلنا بأنه لا يثبت له الخيار .. وفرق في ظاهر الرواية بين  
هذا والسلم .

وأضاف قائلًا بأنه : لا فائدة في اثبات الخيار في السلم لان المسلم فيه  
دين في الذمة .. واذا رد المقبوض عاد ديننا كما كان .. وهنسا اثبات  
الخيار مقيد لانه مبيع عين ، فبرده يفسخ العقد ويعود اليه رأس ماله ..  
ويوضح الفرق بين اعلام الدين بذكر الصفة اذ لا يتصور فيه المعاينة ..  
فتمام ذكر الوصف في المسلم فيه مقام الرؤية في بيع العين .. وأما اعلام  
العين : فتمامه بالرؤية ، والمستصنع فيه بيع عين .. فلهذا يثبت فيه  
خيار الرؤية ..

✽ **الثاني :** يرى الفريق الثاني القائل ان المستصنع غير ملزم وله  
الخيار ولو كان موافقا للمواصفات المطلوبة :

**جاء في التحفة (٢١) :** اذا رآه المستصنع فله الخيار ان شاء اجاز وان  
شاء فسخ عند ابي حنيفة ومحمد .. وعلل ذلك بقوله : وهما يقولان انه  
بمنزلة العين المبيع الفائب (٢٢) .

**جاء في الفتاوى السعدية (٢٣) :** ان للمستصنع الخيار اذا رأى  
المصنوع لانه اشترى مالم يره .

أما في فتح القدير : وعند كلام صاحب البداية عن المستصنع اذا رأى  
المستصنع فيه فقد قال : وهو بالخيار اذا رآه ان شاء أخذه . وان شاء  
تركه .. وذلك كما يقول صاحب الهداية لانه اشترى مالم يره (٢٤) .

(٢٠) ١٢٩/١٢ .

(٢١) تحفة الفقهاء ٥٣٩/٢ .

(٢٢) جاء في تحفة الفقهاء في الحاشية : وفي رواية : العين المبيع للفائب وهو الاصح

(٢٣) ٥٧/٢ .

(٢٤) ٣٥٦/٥ .

#### ❖ الفصل الرابع : الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى نهايته :

هناك رأى أورده صاحب الدر المختار وعقب عليه ابن عابدين بأنه نفس رأى صاحب مختصر الوقاية من الكتب الحنفية .. مفاده : أن الصانع يجبر على الصنع أن تعاقد مع المستصنع على ذلك ويكون العقد بحقه لازماً .. وكذلك المستصنع بنفس الحالة .

**جاء في حاشية ابن عابدين (١) نقلاً عن صاحب الدر المختار :**  
يجبر الصانع على عمله .. ولا يرجع عنه الأمر « المستصنع » .

**وجه هذا القول :** أن هذا الاستصناع بيع لا عده ، ولو كان عده لما لزم (٢) . ولما كان عقد البيع عقداً لازماً عند الحنفية فما يشبهه يكون لازماً مثله .. وهو هنا الاستصناع .

**اعتراض :** واعترض ابن عابدين على هذا الرأى فقال (٣) : قوله :  
يجبر الصانع على عمله .. تبع في ذلك الدرر ومختصر الوقاية .. وهو مخالف لما ذكرنا آنفاً عن عدة كتب « ويقصد بها البدائع ، فتح القدير بما فيه من كتب كالبداية والهداية والعناية » .. من أنه لا جبر فيه .. أى « أن عقد الاستصناع لا الزام فيه للصانع ولا للمستصنع . واستشهد ابن عابدين على مخالفة الرأى الفائل : بأن هذا العقد غير لازم .. بما ورد في أمهات كتب الفقه الحنفى كالبداائع فقد ورد قولهم (٤) : أما صفة الاستصناع فهي أنه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعاً بلا خلاف حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل كالبيع المشروط فيسه الخيار للبتايمين وأن لكل واحد منهما الفسخ .. لأن القياس يقتضى أن لا يجوز الاستصناع لما عرفنا أن جوازه تم بالاستحسان بتعامل الناس ببقى اللزوم على أصل القياس .

---

(١) ٢٢٤/٥

(٢) نفس المصدر السابق .

(٣) نفس المصدر السابق .

(٤) البدائع ٢٦٧٩/٦

**ونقلا عن التتار خاتمة :** لا يجبر المستصنع على اعطاء الدرامم ..  
وان شرط تعجيله هذا اذا لم يضرب له اجلا .. فان ضرب .. قال  
ابو حنيفة يصير سلما .. ولا يبقى استصناعا حتى يشترط فيه شرائط  
العلم .

\* \* \*

**\* رايضا :**

والذى يظهر لى مما تقدم .. ان العقد يصير لازما اذا مالتى الصانع  
بما صنع موافقا للمواصفات المطلوبة .. وهو راي لابي يوسف فى روايته  
الثانية القائل بها : ان لكل من الطرفين الحق فى الزام صاحبه .. او بعبارة  
اخرى ان العقد لازم بحقهما .. ولا خيار لهما لعدة اسباب : منها ان الصانع  
جاء بالمطلوب وكونه جاء بالمطلوب صنعه قد اوفى بسد حاجة المستصنع ..  
فاذا ما اعطينا المستصنع الخيار ولو كان الشئ وفق المطلوب ففيه توسيع  
دائرة الضرر .. حيث ان الصناعات تطورت الآن ، وتحتاج الى تعاون  
الصانع مع المستصنع فى سد الحاجات .. فاذا علم الصانع بان المستصنع  
يتخلل من العقد ولو رآه وفق المواصفات .. فهذا يؤدى الى عدم التعاون  
فى سد الحاجات تلك .. وكذلك المستصنع ان لم يجد الصانع ملزم  
بالتسليم سيتضرر لسد حاجته .. وهذا غرر .. وقد نهى النبى صلى الله  
عليه وسلم عن الغرر .

اما الراى القائل بان العقد لازم منذ بدايته وحتى نهايته فهو راي  
مرجوح اما راي ابي يوسف فهو راي وسط بين راي ابي حنيفة ، وراى  
من قال انه لازم منذ بدايته وحتى نهايته — والله اعلم .

\* \* \*

## الفصل الخامس : آثار عقد الاستمناح :

عقد الاستمناح بوصفه الحالى أصبح عقدا شائعا ذائع الاستعمال ينشأ بك فى كثير من الاطراف بين مؤسسات ودول ومصانع وافراد .. فهو عقد يحكم الآن فى القرن العشرين الكثير من المعاملات .. ولهذا كانت آثاره واسعة ومتعددة .. والكلام عن هذه الآثار بتوسع يحتاج الى كثير من البحث والاستقصاء .. لكنى مع جهدى المتواضع أحاول فيما يلى ان أخص هذه الآثار فأقول :

ان الآثار التى تترتب على عقد الاستمناح هى على نوعين :

### النوع الاول : بالنسبة للصانع :

فبالنسبة للصانع ثبوت ملك الصانع فى الثمن .. حيث ان الصانع بعد التعاقد على صنع المطلوب يكون ثمن المستمنع فيه جق له .. قبل المستمنع .. لكنه لا يدخل فى ملكه الا بعد قبضه .. ولا يستحق المطالبة به بمعنى ان لا يطالب المستمنع به الا بعد تسليم المستمنع فيه ونسق المواصفات ، ورضى المستمنع به .

### النوع الثانى : بالنسبة للمستمنع :

أما بالنسبة للمستمنع .. فثبوت الملك له فى المبيع فى ذمة الصانع ان توافرت فى المستمنع فيه كافة المواصفات المطلوبة .. وراه المستمنع ورضى به .. وملكه ملك غير لازم غيما ملك عند الجمهور .. ولازم عند البعض الآخر .

**قال الكاسانى (١) :** أما حكم الاستمناح : فهو ثبوت الملك للمستمنع فى العين المبيعة فى الذمة .. وثبوت الملك للصانع فى الثمن ملكا غير لازم .

\* \* \*

---

(١) انظر البدائع ١٦٧٩/٦

## \* الفصل السادس :

### \* لزوم عقد الاستصناع أو عدم لزمه في النظام الوضعي :

سبق وإن ذكرنا أن النظام الوضعي جعل الاستصناع إحدى مصادق عليه عقد يسمى عندهم يسمى المقولة .. فهذا العقد يشمل الاستصناع كما يشمل الإجارة على الصنائع .. وبهذا الإدماج أدخلوا عقد الاستصناع في عقد المقولة .. وعقد المقولة في النظام الوضعي عقد لازم .. فكل من غال استصناع في النظام الوضعي يكون عقدا لازما بحق الطرفين .. فكل من رب العمل والمقاول يلتزم بشيء نظمه له القانون إلا أن هذا الالتزام لم يكن على إطلاقه ، فقد جوز المذني المصري لرب العمل التخلل من العقد في حالات لا يجوز فيها للمقاول أن يتخلل .. وكذلك لم يعط للمقاول مثلما أعطى رب العمل هذا الحق أو مثله .

ويكون بهذا قد اتفق مع رأي أبي يوسف في الرواية الثانية عنه : بأن لا خيار لأحدهما عندما يصنع الصانع المطلوب وفق المواصفات المطلوبة ، وأجيز للمستصنع « رب العمل » في المذني المصري .. . . . . فسخ العقد ان كان مغايرا للأوصاف المطلوبة .

والمذني المصري يؤيد ما جاء في أقوال بعض الفقهاء عن المستصنع بأنه يجوز له الفسخ دون الصانع .. فأعطاء هذا الحق الذي لم يعطه للصانع وقد فصلنا هذا الرأي سابقا في هذا الباب .. والمذني المصري لم يفرق بين حالة ما قبل الصنع أو بعد الصنع لكونه لم يعرف مثل هذا التفريق . ولم يخطر ببال واضعيه كما هو واضح مما اطلعنا عليه من مراجع ومؤلفات لشراح هذا العقد .

وقد تكلم أيضا دافيد (١) في رسالته عن التزامات الصانع والمستصنع الشيء الكثير كما تكلم المذني المصري (٢) عن هذا الموضوع ، والسنهوري في الوسيط (٣) ما ليس له مكان في بحثنا هنا .

(١) رسالة الاستصناع ص ٥٩ — ١٥٢

(٢) المواد التالية في المذني المصري مارجع إليها : ٦٤٧/م ، ٢/م ، ٦٤٨/م

(٣) الوسيط للسنهوري ٦٤/٧ — ١٤٣



## الباب السادس أمور تتعلق بعقد الاستصناع

ويتكون هذا الباب من تسعة فصول :

\* \* \*

- الفصل الأول : خيار الرؤية عند أصحاب الاتجاه الأول .
- الفصل الثاني : خيار العيب ، عند أصحاب الاتجاه الأول .
- الفصل الثالث : خيار الرؤية والعيب في النظام الوضعي .
- الفصل الرابع : التنازع بين طرق عقد الاستصناع .
- الفصل الخامس : الظروف الطارئة .
- الفصل السادس : الشرط الجزائي في عقد الاستصناع .
- الفصل السابع : رأي المعاصرين في عقد الاستصناع .
- الفصل الثامن : دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستصناع .
- الفصل التاسع : ما ينتهي به عقد الاستصناع ؛
  - أ- من جهة الصانع .
  - ب- من جهة المستصنع .



## الفصل الاول : خيار الرؤية عند اصحاب الاتجاه الاول

### تمهيد :

خيار الرؤية نوع من انواع الخيارات التي تكلم عنها الفقهاء ، واسل العمل به عند فقهاء الحنفية مارواه مكحول برغوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : « من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه . ان شاء اخذه وان شاء تركه » (١) . .

ويثبت خيار الرؤية شرعا لاشراطا كخيار العيب . . والمقود التي يثبت فيها خيار الرؤية هي (٢) : ( عقد البيع ، الاجارة ، الصلح عن دعوى المال ، القسمة ونحو ذلك ) ومجمل الكلام في هذا انه يثبت في كل ماينفسخ العقد فيه برده ، وما لا فلا (٣) .

### \* المبحث الاول : شروط ثبوت خيار الرؤية :

شروط ثبوت خيار الرؤية هي مايلي (٤) :

- ١ - ان يكون المبيع مما يتمين بالتعيين (٥) . . فان كان مما لا يتمين بالتعيين لا يثبت فيه الخيار حتى انهما لو تباعيا عينا يمين لثبت الخيار لكل واحد منهما اما لو تباعيا ديناً بدين لما ثبت الخيار لواحد منهما . . اما لو اشترى عينا بدين ظلمشترى الخيار ولاخيار للبائع . .
- ٢ - ان تكون العين التي بيعت لم يرها المشتري (٦) عند البيع . . فان اشتراه وهو يراه ، فلا خيار له لان الأصل هو لزوم العقد وانتمائه ، والخيار يثبت شرعا بالنص ، والنص ورد بالخيار فيما لم يره المشتري .

---

(١) روى مسنداً ومسلماً . فالحسند أخرجه الدارقطني في البيوع ، انظر نصب الروية

في تخريج احاديث الهداية ١/٢

(٢) انظر البدائع ٣٣٦٢/٧ ومايهدما

(٣) فلا يثبت في المهر وبذل الخلع والصلح عن دم الممسد . انظر البدائع ٣٣٦٢/٧ ومايهدما .

(٤) نفس المصدر السابق ، انظر شرح فتح القدير ١٢١/٥

(٥) وما لا يتمين بالتعيين لا يملك بالمعد . وانما يملك بالتبض فلا يرد عليه الفسخ .

(٦) انظر البدائع ٣٣٦٢/٧ ومايهدما ، وانظر شرح فتح القدير ١٢١/٥

## ✽ المبحث الثاني : وقت ثبوت خيار الرؤية :

أما بيان وقت ثبوت خيار الرؤية فهو وقت الرؤية للشيء المباع بالذات (٧) .. لا قبلها .. فلو أجاز المشتري البيع قبل رؤيته للمبيع ورضى به صريحا ، فقال أجزت أو رضيت ، أو مايجرى هذا المجرى ثم رآه فله أن يرده للحديث المذكور أعلاه .

أما الفسخ قبل الرؤية .. فمقال بعض الفقهاء : لايجوز لأنه لاخيار قبل الرؤية ولهذا لم تجز الاجازة فلا يجوز الفسخ .

وقال البعض الآخر : يجوز له فسخ العقد وهو الصحيح .. لأن العقد بالنسبة لمن له خيار الرؤية عقسد غير لازم ومعنى عدم اللزوم هو جواز التحلل من العقد دون توقف على رضا الطرف المقابل وهو البائع .

## ✽ المبحث الثالث : حكم العقد عند قيام خيار الرؤية :

عند قيام خيار الرؤية .. يكون العقد (٨) غير لازم بالنسبة للمشتري .. لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة لمسا روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه .

ولأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خلافا فيه واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار .. ولأن من الجائز اعتراض الندم لمسا عسى لا يصلح له إذا رآه فيحتاج الى التدارك .. فيثبت الخيار لامكان التدارك عند الندم .

أما البائع لمسا لم يره .. فهل يلزم العقد بحقه ؟ هناك روايتان عند أبي حنيفة :

الأولى : انه كان يقول : لايلزم ويثبت له الخيار .

وجه الرواية : أن المعانى التى من أجلها يثبت هذا الخيار في شراء المشتري لمسا لم يره هذه المعانى أيضا موجودة في بيع مالم يره البائع .. فمورود الشارع بالخيار في شراء مالم يره .. يكون ورود دلالة في بيع الانسان مالم يره .

الثانية : أما الرواية الثانية فهي أن لاخيار للبائع ويلزم العقد بحقه .

---

(٧) انظر البدائع ٢٣٦٦/٧ ومابعدها ، انظر شرح فتح القدير ١٤١/٥  
(٨) نفس المصدر السابق ٢٣٦٠/٧ ومابعدها ، وفتح القدير ١٢٧/٥ — ١٤٠

**وجه الرواية الثانية :** ووجه ذلك ما روى (٩) أن عثمان بن عفان -رضي الله عنه - باع أرضا له من طلحة بن عبيد الله - رضي الله عنه - ولم يكونا رايها فقيل لعثمان - رضي الله عنه - غبت فقال : لى الخيار لأنى بعته مالم أره . . وقيل لطلحة مثل ذلك فقال : لى الخيار لأنى اشتريته مالم أره . فحكما فى ذلك جبير بن مطعم - رضي الله عنه - فغضى بالخيار لطلحة - رضي الله عنه - .

وكان ذلك بحضور من الصحابة - رضي الله عنهم - ولم ينكر عليه احد منهم فكان اجماعا منهم على ذلك . . ولأن مشتري مالم يره مشتر على أنه خير مما ظن فيكون بمنزلة مشتر شيئا على أنه جيد فإذا هو ردى . . وبتطبيق ماسبق على عقد الاستصناع . . يكون الخيار للمستصنع . . لأن المانع بائع لشيء رآه أو لم يره ، وفي كلتا الحالتين لا يثبت الخيار له .

#### \* المبحث الرابع : مسقطات خيار الرؤية :

أن مسقطات خيار الرؤية عند فقهاء الحنفية على فوعين (١٠) :

- ١ - اختياري .
- ٢ - ضروري .

**أما الاختياري : فنوعان : هما :**

**الأول : التصريح بالرضا والاختيار ممن له خيار الرؤية فى المبيع . .**  
أو ما يقوم مقام التصريح . . سواء علم البائع أم لم يعلم . . لأن الأصل فى البيع المطلق اللزوم ، والامتناع عن اللزوم لخلل فى الرضا . . فإذا اجسأ ورضى فقد زال المانع فيلزم البيع .

**الثانى : الدلالة على الرضا : وهو أن يوجد من المشتري تصرف فى المبيع بعد الرؤية يدل على الإجازة والرضا . . نحو ما إذا قبضه بعد الرؤية . . لأن القبض بعد الرؤية دليل على الرضا بلزوم البيع . . كان**

(٩) انظر فتح القدير ١٤٠/٥ ، وانظر الرواية التى فى المسنن الكبرى للبيهقى ٢٦٨/٥ التى جاء فيها : أن عثمان - رضي الله عنه - ابتاع من طلحة بن عبيد الله أرضا بالمدينة . نائلة بأرض له بالكوفة . فلما تباينا ندم عثمان ثم قال : يايمتك مالم أره . فقال طلحة : انما انظر لى انما ابتعت مخيبا ، ولما أنت فقد رأيت ما ابتعت . فجملا بينهما حكما ، فحكما جبير بن مطعم فغضى على عثمان أن البيع جسأ ، وأن النظر لطلحة أنه ابتاع مخيبا . انظر الفهر للضرير ص ٤٠٢ .

(١٠) انظر البدائع ٣٣٦٩/٧ . والهداية ١٤٢/٥

يعرض السلعة مثلا للبيع فمقد رضى بها .. او يخرج بعضه عن ملكه فممنون  
يسقط خياره عن الباقي ويلزم البيع فيه كله .

#### اما الضرورى للخيار نوعان :

**الاول :** هو كل مايسقط به الخيار ويلزم البيع من غير صنعة نحو :  
موت المشتري ، اجازة احد الشريكين فيما اشترياه ولم يرياه دون صاحبه  
عند ابي حنيفة .

#### الثانى : يكون باحد امرين :

- أ - علاك بعض المبيع فى يد المشتري .. او انتقاصه بالعيب بأفـة  
سماوية أو بفعل أجنبى ، أو بفعل البائع عند ابي حنيفة ومحمد .
- ب - الزيادة الحاصلة فى يد المشتري زيادة منفصلة أو متصلة  
« متولدة ، أو غير متولدة » على تفصيل محله كتب الفروع  
فى ذلك .

\* \* \*

## ❖ الفصل الثاني : خيار العيب عند اصحاب الاتجاه الاول :

### ❖ المبحث الاول : مشروعية خيار العيب عند الحنفية (١) :

خيار العيب شرع ببناء على ما روى أبو هريرة ( رضى الله عنه ) ان رسول الله ( ص ) قال (٢) : « من ابتاع ثاة مصراة فهو خيها بالخيار ثلاثة ايام . ان شاء أمسكها ، وان شاء ردها ، ورد معها صاعا من تمر » . .

**وجه الدلالة :** وجه الدلالة من الحديث ان الأمرين اللذين ذكرهما الرسول صلى الله عليه وسلم هما : نظر الامساك والرد اما ذكر الثلاث في الحديث فهو ليس للتوقيت ، لأن هذا النوع من الخيار ليس بمؤقت بل هو بناء الأمر على الغالب المعتاد . . لان المشتري ان كان به عيب يقف عليه المشتري في هذه المدة عادة . . غيرضى به يمسكه أو لايرضى به يرده ، والصاع من التمر كانه قيمة اللبن الذى جلبه المشتري ، علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق المشاهدة .

### ❖ المبحث الثاني : وقت ثبوت خيار العيب :

اما متى يثبت خيار العيب فهو يثبت (٢) : بالشرط دلالة . اذ ان سلامة المبيع من العيب شرط ضمنى في العقد . . ولما كانت السلامة مشروطة في العقد دلالة فقد صارت كالمشروط نصا .

فاذا غابت المساواة كان له الخيار ، كما اذا اشترى جارية على انها بكر ، او على انها طبخة فلم يجدها كذلك .

وخيار العيب يثبت في العقود التى تحتل الفسخ كالبيع والاجارة والقسمة والصلح عن مال العمد .

### ❖ المبحث الثالث : شروط ثبوت خيار العيب :

شروط ثبوت خيار العيب هى مايلى :

**اولا : ان يكون العيب مؤثرا في قيمة المبيع (٤) :** فكل مايوجب نقصان

(١) انظر البدائع ٢٣١٧/٧

(٢) رواء مسلم : انظر مختصر مسلم رقم الحديث /٦٢٨ وهناك رواية أخرى بالبدائع

١٢١٧/٧ . وروى أحمد في مسنده (من اشترى ثاة محفلة مصراة فهو بخير النظرين»

انظر مسند أحمد ٢٣١٧/٢

(٣) انظر البدائع ٢٣١٧/٧

(٤) انظر البدائع ٢٣١٩/٧

الشن في عادة التجار نقصانا فاحشا أو يسيرا فهو عيب يوجب الخيار ..  
وما لا فلا .. كالهشم في الأواني .. كان في السابق يعد مؤثرا في قيمة  
المبيع .. فقد يكون في وقت من الاوقات غير مؤثر فلا يعد نقصانا .. وقد  
اسهب الفقهاء في ذكر ما يعد مؤثرا وما لا يعد .. يرجع اليها في كتب الفروع.

**ثانيا : أن يكون العيب قديما (٥) :** يشترط ثبوت العيب عند البيع أو  
بعده قبل التسليم حتى لو حدث بعد ذلك لا يثبت . لأن ثبوته لفوات صفة  
السلامة المشروطة في العقد دلالة .. وقد حصلت السلامة سليمة في يد  
المشتري .. وهذا يعنى أن العيب قديم .. لأنه اذا كان بعد التسليم مثلا  
يكون حديثا .. فلا يلزم البائع بالرد عندئذ .. وقد عدد الفقهاء حالات  
كثيرة هي من كلا النوعين القديم والحديث للتفريق بينها ليس محلها هنا .

**ثالثا : أن يكون العيب غير معلوم للمشتري :** ويشترط عدم علم  
المشتري بوجود العيب عند العقد (٦) .. فان علم به فلا خيار له ..  
فالجعل من قبل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض يكون شرطا في  
ثبوت العيب . لأن الاقدام على الشراء مع العلم بالعيب رضا به دلالة ..  
وكذا اذا لم يعلم عند العقد ثم علم بعده قبل القبض . لأن تمام الصفقة  
متعلق بالقبض .. فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد .

**رابعا : ألا يكون البائع قد اشترط البراءة عن العيب :** اشترط  
الحنفية لخيار العيب عدم اشتراط البائع البراءة عن العيب في البيع (٧)  
لأن شرط البراءة عن العيب في البيع عندهم صحيح فهو بمثابة الإبراء من  
المشتري للبائع من العيوب التي قد توجد في المبيع .. فإذا أبراه فقد أسقط  
حق نفسه فصح الاسقاط فيسقط خيار العيب ضرورة .

#### ✽ المبحث الرابع : كيفية الرد بخيار العيب :

أما كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته .. فالمبيع لا يخلو إما أن  
يكون في يد البائع أو في يد المشتري :

**فإن كان في يد البائع قبل القبض :** يفسخ البيع بمقول المشتري :  
رددت .. ولا يحتاج الى قضاء القاضي ولا الى التراضي بالاجماع ..  
**وإن كان في يد المشتري :** لا يفسخ الا بقضاء ، أو بالتراضي عند  
الحنفية ، وإذا رد المبيع انفسخ العقد .

(٥) نفس المصدر السابق ٢٢٢٢/٧

(٦) نفس المصدر السابق ٢٢٢٤/٧

(٧) نفس المصدر السابق ٢٢٢٤/٧



## \* المبحث الخامس : مستقطات خيار العيب :

مستقطات خيار العيب عديدة نجلها فيما يلي (٨) :

١ — **هلاك المقتود عليه قبل القبض** : يستقط خيار العيب لهلاك المبيع قبل قبضه لضرورة فوات المحل « أى المبيع الذى يكون به عيب » ..  
٢٢ — **الرضا من المشتري بالعيب** : يرى الحنفية أنه يستقط خيار العيب بعد العلم بالعيب .

٣ — **نقصان المبيع** : اذا تعذر رد المبيع لنقصان وجده فى المبيع يستقط خيار العيب .. لأن البائع هو السبب .. سواء كان النقصان فى المبيع قبل القبض أو بعده . وسواء كان بأفة مساوية أو بفعل المشتري ، أو بفعل البائع ، أو بفعل المبيع ، أو بفعل أجنبى .. وكل منها لها حكم تفصيلها فى كتب الفروع .

٤ — **الزيادة فى المبيع** : والزيادة فى المبيع إما ان تكون منفصلة متولدة من المبيع بعد القبض أو بعده .. أو كانت الزيادة متصلة فى المبيع بعد القبض أو بعده فهذه تمنع الرد بالعيب .

\* **وأما المنفصلة المتولدة من الأصل فلا تمنع الرد .. وعلى أى حال فتفصيلها كتب الفروع .**

٥ — **استقاط الخيار هراحة** : يستقط خيار العيب بالتصريح باستقاط الخيار أو بما فيه معنى التصريح نحو أن يقول المشتري استقطت الخيار ، أو ابطلت ، أو ألزمت البيع ، أو أوجبته ومايجرى هذا المجرى .. لأن خيار العيب حقه ، والإنسان له أن ينزل عنه .

٦ — **تصرف المشتري فى المبيع** : ويستقط خيار العيب بتصرف المشتري فى المبيع بأن يخرج مالا عن ملكه حتى قبل علمه بالعيب لتعذر رد المبيع الى البائع كان يبيعه أو يهبه .

---

(٨) انظر البدائع ٢٢٢٥/٧ ومايهدى .

## \* الفصل الثالث : خيار الرؤية والعيب في النظام الوضعي :

عالج النظام الوضعي عيوب الارادة فجعل العقود التي شابهها غلط ، او تدليس او اكراه ، او استغلال .. عقودا قابلة للإبطال لمصلحة العاقد الذي عاب ارادته غلط او تدليس او اكراه او استغلال .. وهذه مرتبة وسطى في العقود .. فالعقود في نظر النظام الوضعي .. اما صحيحة او باطلة او قابلة للإبطال .

**قال السنهوري (١) :** ان الصناعة في الفقه الاسلامي قد وصلت الى درجة كبيرة من الرقى في الخيارات : ومنها خيار الرؤية والعيب .

\* **المبحث الأول : خيار الرؤية :** وهذا الخيار لا يمنع من الانعقاد في حق الحكم .. ولكنه يمنع تمام الحكم بعد القبض .. فالصفقة اذن لم تتم .. فيستطيع من له الاختيار نقض العقد بآرادته المفردة دون حاجة الى تراض او تقاض .

ولما كان خيار الرؤية من حق الشرع لامن حق العبد .. فلا يجوز اسقاطه قصدا بصريح الاسقاط .. وانما يسقط ضمنا باجازه العقد .. ولا ينتقل خيار الرؤية بالميراث لانه متصل بالمشيئة لا بالعين .. فاذا مات من له الخيار .. لزم العقد ..

\* **المبحث الثاني : خيار العيب :** وهذا الخيار لا يمنع تمام الحكم كما يمنعه خيار الرؤية لكنه يمنع لزوم الحكم قبل القبض .. فالصفقة اذن لم تتم قبل القبض .. وتتم بعد القبض فيستطيع من له الخيار قبل القبض نقض العقد بآرادته المفردة دون حاجة الى تراض او تقاض .

اما بعد القبض وقد تمت الصفقة فلا يستطيع من له الخيار الا فسخ العقد .. ولا بد للفسخ من التراضى او التقاضى .. ولما كان خيار العيب من حق العبد لامن حق الشارع فانه يجوز اسقاطه مقصودا بصريح الاسقاط ..

ويقتل خيار العيب بالميراث لانه متصل بالعين اكثر من اتصاله بالمشيئة .  
**ولعل الفقه الغربي في هذه المسائل (٢) لم يصل الى هذا الحد من الدقة والاحكام ويعرف الفقه الغربي الشرط الواقف، والشرط الفاسخ .. ولا يعرف بينهما مرتبة وسطى .**

**اما الفقه الاسلامي :** فيعرف هذه المرتبة الوسطى .. فخيار الرؤية عنده مرتبة وسطى بين خيار الشرط وخيار العيب .. وليس لهذا التدرج نظير في الفقه الغربي .

(١) مصادر الحق في الفقه الاسلامي ٢٨١/٢ - ٢٨٥

(٢) مصادر الحق ٢٨١/٢ - ٢٨٥

## الفصل الرابع : التنازع بين طرفي عقد الاستصناع :

تحصل المنازعات في عقود المعاوضات بين طرفي أى عقد فيها في غالب الأحوال ومنها الاستصناع . فلو حصل نزاع واختلف المتعاقدان « الصانع والمستصنع » وادعى كل واحد منهما شيئاً على صاحبه .. فهل يسرى على هذا النزاع مايسرى في أنواع المعاملات في أصول التقاضي بين المتنازعين ؟

هذا ماأردنا بيانه هنا فنقول : أن الاستصناع يسرى على النزاع فيه بشأن العوض والمعوض عنسه وتنفيذ الشروط والالتزامات ويدل الثمن ... الخ . الخاصة به مايسرى على كل عقود المعاوضات المسالية من أصول المحاكمات والرافعات .. وهناك أمور نص عليها فقهاء الحنفية خاصة بهذا العقد نجملها فيمايلي :

**لايمين على الطرفين : جاء في الفتاوى الهندية (١) :** أن زعم الأمر « المستصنع » أنه لم يفعل كما شرط وادعى الصانع خلافه .. قالوا : لايبين فيه لأحدهما على الآخر .

وان ادعى الصانع على رجل أمره بعمل فأنكر الأمر « المستصنع » لايطف ايضاً (٢) .

**النزاع في عدم ضبط المواصفات المطلوبة :** اذا استصنع الرجل عند الرجل خفين ظمما فرغ منه قال المستصنع ليس هكذا أمرتك .. وقال الاسكاف بهذا أمرتني : يكون مايلي (٣) :

١ — فالقول قول المستصنع لأن الاذن يستفاد من جهة المستصنع ..

٢ — ولا يمين على المستصنع لأن توجه اليمين يتبنى على دعوى تلزمه الجواب وذلك لا يوجد هنا .. فان للمستصنع أن يابى .

---

(١) الفتاوى الهندية ٨/٥

(٢) المعروف أن الأصل عند أبى حنيفة وأبى يوسف : أن قيام المبيع في باب البيع شرط جريان التحالف في المبيع الهاك . ولما كان بالاستصناع يتم هلاك المادة الخام بتحويلها أثناء الصنع فيكون شرط جريان التحالف معدوم في الاستصناع .. انظر

البدائع ٢٦٦٥/٦

(٣) المبسوط ٩٢/١٢

### النزاع مع ضبط المواصفات المطلوبة :

جاء في المبسوط (٤) ان لم يكن الصانع مخالفا للأوصاف المطلوبة فلا  
غائدة في استخلافه . . ولو أقام العامل البينة لم يلزم الأمر . . لان الثابت  
بالبينة كالثابت باقرار الخصم .  
ولو قال المستصنع بهذا امرتك . . ولكن لاأريده . . كان له ذلك لما  
بيننا : ان الخيار ثابت للمستصنع بسبب عدم الرؤية .

\* \* \*

---

(٤) المبسوط للسرخسي ١٢/١٢

### الفصل الخامس : الظروف الطارئة :

ان قواعد الظروف الطارئة في الفقه الاسلامي ، لاجابة لنا في اللجوء الى استعمالها اذا جد للصانع مانعه عن تنفيذ ماتهتد عليه . . هذا اذا اعتمدنا على القول الراجح في ان الاستصناع عقد غير لازم . . لان العقد غير اللازم ينتهي بالرجوع فيه ويسمى هذا الرجوع فسخا (١) . .

اما اذا سرنا على الراى القائل : بلزوم هذا العقد . . وطرات ظروف قاهرة منعت الصانع من اتمام ماطلبه منه المستصنع ، ففى الامكان تطبيق قواعد الظروف الطارئة وهى قواعد وردت صريحة فى كتب الفقه الاسلامى (٢) . . وبناء على هذا يقال للمستصنع اذا طرا مايمنع الصانع من اتمام ماتهتدت عليه كان حسدت حرب منعت ورود الخامات التى سيصنع منها المطلوب . . او جرت عاصفة اغرقت المركب الشراعى مثلا والحمل عليه المسادة الخام او المطلوب صنعها . . او شب حريق فى المصنع اتى على كل مافيه فيقال للمستصنع انت بالخيار : اما ان تصبر حتى يتمكن الصانع صنع ماتهتدق عليه . . او لك الحق فى ازالة كل انفساق بخصوص هذا الموضوع . .

---

(١) نظرية الالتزام للمطام ص ٢٦٢

(٢) كشاف الشاع للبهوتى ٢٥٦/٣ ومابعدها .

## الفصل السادس : الشرط الجزائي في عقد الاستصناع :

لم يكن الشرط الجزائي معروفا بهذا الاسم لدى فقهاءنا الأقدمين ..  
وانها جاء ذكره في صور مسائل فقهية .. ولعل اول وجوده ماروى  
البخارى في صحيحه بسنده عن ابن سيرين أن رجلا قال لكره « ادخل  
ركابك ، فان لم أرحل معك يوم كذا أو كذا غلك مائة درهم غلم يخرج .  
فقال شريح : من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه .  
وقال ايوب : عن ابن سيرين أن رجلا باع طعاما وقال « ان لم آتاك الاربعاء  
فليس بينى وبينك بيع » غلم يجىء فقال شريح للمشتري انت اخلطت  
فغضى عليه (١) .

اما الفقهاء المعاصرون فقد تعرضوا لبحثه في كتبهم بهذا الاسم  
وبينوا العوامل التى أدت الى التوسع فى الأخذ به ..

**قال الزرقا (٢) :** فى اواخر العهد العثمانى اتسعت فى الدولة التجارة  
الخارجية مع أوروبا وتطورت اساليب التجارة الداخلية ، والصنائع ،  
وتولدت فى العصر الحديث انواع من الحقوق لم تكن معهودة ... واتسعت  
مجالات عقود الاستصناع فى التعامل بطريق الايصاء على المصنوعات مع  
المعامل والمصانع الأجنبية ..... وقد ضاعف احتياج الناس الى ان  
يشترطوا فى عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذى يتأخر عن تنفيذ  
التزامه فى حينه .. ومثل هذا الشرط يسمى فى اصطلاح الفقه الأجنبى  
« الشرط الجزائى » ..

**والشرط الجزائى هو (٣) :** اتفاق يقصد منه المتعاقدان سلفا التعويض  
الذى يستحقه الدائن اذا لم ينفذ المدين التزامه أو اذا تأخر فى تنفيذه .

وبعد استعراض المسائل التى يمكن أن يقاس عليها الشرط الجزائى  
وتأمل قوله تعالى : ( ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ) .. وما روى عنه  
صلى الله عليه وسلم : « المسلمون عند شروطهم الا شرطا أحل حراما أو  
حرم حلالا » والاعتماد على القول الصحيح من أن الأصل فى الشروط

(١) صحيح البخارى مع فتح البارى ٢٦٢/٥

(٢) المدخل للفقهاء العام للزرقا بقرة / ٢٨٦

(٣) الموسوعة العربية الميسرة . نقلا عن مجلة البحوث الإسلامية . مجلد ١ العدد ٢

من ٦٢

الصحة .. وانه لا يحرم غيرها ويبطل الا ما دلل الشرع على تحريمه وإبطاله  
نصا أو قياسا .. ويتطبيق الشرط الجزائي على أنواع الشروط وظهور  
انه من الشروط التي تعتبر من مصلحة العقد .. اذ هو حافظ لاكمال العقد  
في وقته المحدود له .. والاستثناس بما رواه البخاري في صحيحه بسنده  
عن ابن سيرين أن رجلا قال لكريمه : أدخل ركابك . فان لم أرحل معك  
يوم كذا وكذا . فلك مائة درهم غلم يخرج فقتل شريح : من شرط على نفسه  
طائعا غير مكره فهو عليه ..... الحديث .

وفضلا عن ذلك .. فهو في مقابلة الاخلال بالالتزام حيث ان الاخلال  
به مظنة الضرر وتقويت المنافع .. وفي القول بتصحيح الشرط الجزائي  
سد لأبواب الغوضى والتلاعب بحقوق عباد الله .. وسبب من اسباب  
الحفز على الوفاء بالعهود ، والعقود تحقيقا لقوله تعالى : ( ياايها الذين  
آمنوا أوفوا بالعقود .... الآية ) .

فان الشرط الجزائي الذي يجرى اشتراطه في العقود شرط صحيح  
معتبر يجب الأخذ به .. مالم يكن هناك عذر في الاخلال بالالتزام الموجبه له .

فيكون العذر مسقطا لوجوبه حتى يزول ، واذا كان الشرط الجزائي  
كثيرا عرفا بحيث يراد به التهديد السالى .. ويكون بعيدا عن مقتضى  
القواعد الشرعية للعقود ، فيجب الرجوع في ذلك الى العدل والانصاف ،  
على حسب ماغات من منفعة أو لحق من مضره .

ويرجع تقدير ذلك عند الاختلاف الى الحاكم الشرعى عن طريق اهل  
الخبرة والنظر ..

وبناء عليه .. فاذا اقترن شرط جزائي بعقد الاستصناع يلتزم به  
المستصنع أداء شيء اذا تأخر عن تسديد التزاماته اذا كان هناك من  
التزام .. أو كان الشرط الجزائي واقعا على عاتق المستصنع ، فانه لايفسد  
العقد بهذا الشرط ، ويرجع الى القاضي المختص لتفسير الشرط .. ومضى  
انطباقه على حكم الشرع كما سبق بيانه في أول هذا البحث .. وبيان  
الأعراف المتداولة بذلك بين التجار والصناع في هذا النوع من التعامل  
والنصل في النزاع على ضوء هذا كله (٤) .

\* \* \*

---

(٤) انظر مجلة البحوث الإسلامية - المجلد الاول - العدد الثاني - ص ٦٠ - ١٤٣

## الفصل السابع : رأى المعاصرين فى عقد الاستصناع :

### تمهيد :

ان الاحتكاك بالمعاملات ، والتفكير فى موقف الشريعة الاسلامية منها دفع القضاة فى الاسلام . . وكثيرا من العلماء (١) . الى محاولة دراسة الاستصناع . . وقد اخذت مابحثه الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود بكتابه احكام عقود التأمين وقد قدم له بحثا مهما لبناء اصل مشروعية هذه المعاملات وهو (٢) : الاصل فى العقود الاباحة حتى يقسوم الدليل على التحريم . . وهو الرأى الراجح عند الجمهور ، وبعبدها ذكر حكم بعض المعاملات . . ثم عرج الى موضوعنا « الاستصناع » .

ويحسن ونحن نذكر رأيه كاملا ضمن بحثنا هذا . . ان نقرر الامانة انه ليس فى ذكر هذا الرأى الموافقة الكلية منا على ما جاء بكتابه فى هذا الموضوع اذ لنا بعض التحفظات ، لكن الرجل قد ابلى بلاء حسنا فى دراسة المعاملات التى شاع التعامل بها هذه الأيام . . فكان له مجهود يشكر عليه فى اثره الفقه الاسلامى لكن كما قلت ليس كل ماكتبه من آراء هى محل الموافقة منى .

ونص ماقاله هو (٢) : ان كل ما يقع بين الناس من المشاكل فى العقود والشروط والمعاملات ، فان له صلة واصلا من الفقه الاسلامى يرد اليه ويقاس عليه ويؤخذ صحته وفساده من نصوصه واصوله .

من ذلك . . استصناع السلعة ، اى طلب عمل صنعة من بناء او نجارة او حدادة وهى عبارة عن اجراء عقد اتفاق بين المالك والمقاول على صفة شىء موصوف من بناء بيت او سفينة او ابواب او شبابيك او صناديق او غير ذلك .

بحيث يقول المالك للمقاول : اريد ان تبنى لى عمارة صفتها كذا وارتفاعها كذا وشيها من الدور كذا وكذا ، ثم يستقصى اوصافها اللازمة ويتفق معه على قدر معلوم من المال .

---

(١) من هؤلاء العلماء الشيخ عبد الله آل محمود فى كتابه احكام عقود التأمين ومكانها من شريعة الدين ، والشيخ أحمد نهى أبو سنة فى كتابه العرف والمادة فى ص ١٢١ ، والشيخ / على الخفيف فى مختصر احكام المعاملات ص ١٧٧ — ١٧٨

(٢) احكام عقود التأمين لآل محمود ص ٢٩

(٣) نفس المصدر السابق ص ٧١ — ٧٧



فهذا العقد في هذه الصفة يسمى عند الفقهاء « استصناع السلعة » .  
والظاهر من مذهب الامام احمد والشافعي وابي حنيفة . . انه لايجوز  
لانه من بيع ماليس عندك المنهى عنه شرعا .

قال في الاقتناع : « ولا يصح استصناع السلعة لانه باع ماليس عنده  
على غير وجه السلم » . وخالف ابو يوسف صاحبه الامام ابا حنيفة ،  
فقال بجواز العقد في استصناع السلعة . . فاذا وجد المصنوع موافقا  
للصفات التى بينت في العقد لزم من كلا الجانبين ، وليس لأحد منهما  
الرجوع . . انتهى .

وعلى قول أبى يوسف هذا استقر عمل الاحناف على القول بصحته ،  
وادرجوه في مجلة الأحكام للحكم به .

وجرى عرف الناس في سائر الأمصار على العمل به وكأنه السبب  
الذى جعل الناس يتحدثون بأن مذهب الأحناف يساير التطور ويتسع  
رحبه للمعاملات الحديثة .

وكل شيء تعومل في استصناعه من بناء دور أو سفينة أو أبواب أو  
ثياب أو قدور أو شبابيك ، فإنه يصح على القول بهذا ولايلزم في الاستصناع  
دفع الثمن حال العقد بخلاف السلم .

وليس للمالك الا اقل مايقع عليه الصفة .  
واذا لم يقع المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة في العقد . .  
فلمستصنع أى المالك الخيار بين قبوله ورده .

فقول الأئمة بمنعه بحجة انه من بيع ماليس عنده غير صحيح ، فإن  
هذا العقد مشبه بالسلم الذى محله الذمة والذى يصح في المعبوم وفيما  
ليس عنده ، كما في البخارى ومسلم عن عبد الرحمن بن أبىزى وعبد الله بن  
أبى أوفى قال : « كان يأتينا أنباط من أنباط الشام فكنا نسألهم في الحنطة  
والشعير والزبيب — وفي رواية والزيت — الى أجل مسمى . قيل : اكان  
لهم زرع ؟ قال : ماكننا نسألهم عن ذلك » لكون السلم محله الذمة .

ثم أن العادة والعرف والضرورة قد غرض التعامل بهذه الصيغة على  
الناس في كل مكان وزمان غرضا الزاميا لامحيص لهم عنه ، ولن يجدوا  
بدا منه لفخامة البنائيات وسائر المقاولات التى لايسطيع المالك أن يستقل  
بالتصرف فيها الا بطريق الاتفاق مع المقاولين والعقبيين والمهندسين .

ومن المعلوم أن العادة والعرف لهما مدخل في الشرع ويقدمان في بعض الصور على الأصل وقد ترجم عليه البخارى في صحيحه فقال : « باب من أجرى أمر الأمصار على مايتعارفون بينهم في البيسوع والاجارة والكيل والوزن » .. قال في الفتح : قال ابن منير وغيره ، مقصوده بهذه الترجمة اشارة الاعتماد على العرف وأنه يقضى به على ظواهر الالفاظ .... انتهى .

ثم ان العقود والشروط والمعاملات في البناءات وسائر الصناعات هي من الأعمال العادية لامن العبادات الشرعية التي تفتقر الى دليل التشريع اذ الأصل في العقود رضى المتعاقدين ونتيجتها هو ماأوجباه على أنفسهما بمقتضى التعاقد وليس فيها ربا أو قمار ولا نص في المنع منها .

وقد توسع الناس في الاستصناع في هذا الزمان على اختلاف أنواعه حتى صار من أكبر المعاملات ، بحيث يتفقون مع المقاولين ومع الشركات على بناء العمارات العظيمة ذات الطوابق والشقق وكذا المدارس والمستشفيات والطرق وحتى المساجد والبيوت الصغيرة والكبيرة ، كلها انما تبني غالبا على سبيل الاستصناع بالصفات المتفق عليها بينهما .

حتى صار من الأمر العرفى الجارى به النظام في كل بلد .

ويوجد في نصوص الفقه مايقرب من صفته وماينبغى أن يقاس عليه في القول بصحته . من ذلك عقد السلم ، فانه عقد على موصوف في الذمة معدوم حال العقد بثمن مقبوض .

ومن ذلك البيع بالصفة الذى ذكره فقهاء الحنابلة في كتابهم وحكموا بصحته والصفة نوعان :

❖ **الاول : صفة معينة :** كأن تقول : ابيعك عبدى الفلانى او بعيرى الفلانى الذى صفته كذا وكذا ، ويستقضى في اوصافه كما يستقضى في اوصاف السلم .

❖ **والنوع الثانى : الصفة غير المعينة :** كأن يقول ابيعك عبدا او بعيرا صفته كذا وسنه كذا ويستقضى صفته كما في السلم ويصح العقد في كلا الصفتين بشرط أن يسلم الثمن حال العقد قبل التفرق ولايصح غيما لايصح السلم فيه ، كالبنيان ونحوه فهذا ونحوه مما ينبغى أن يقاس عليه جواز الاستصناع اذ هو نظيره في الحكم والمعنى خلاف ماذهب اليه الفقهاء من القول منهم بمنعه .

والاصل في الاستصناع ان يعمل الصانع الصنعة في محله كما يعمل النجار الابواب في موضع نجارته والحداد يعمل الشبابيك ونحوها في موضع الحدادة ، فان جاء بها مطابقة للأوصاف اخذها المستصنع وان لم تطابق الأوصاف ردها على صاحبها .

**اما استصناع البناء :** فانه يزيد اشكالا من جهتين :

**الاول :** من جهة كون المقاول يعمل في ارض المسالك مما لاسبيل الى رده الا بهدمه واتلافه .

**والامر الثاني :** انه بتجدد الأعصار اخذت مسائل الاستصناع التي يلزم بناؤها على مثل ما ذكره الفقهاء تختلف في مثل هذا المقعد ، حيث ادخلوا فيها اشياء كثيرة من الشروط والتحديدات ، والغرامات مما يتغير الحكم بدخولها في عقده ، اضيف اليه ادخال الكثير من الآلات والادوات المتنوعة الجليلة والدقيقة مما قد يوجد في بلد المقعد وقد لا يوجد .

\* \* \*

## تحديد المدة للاستصناع

### ووضع الغرامة على مازاد على المدة المضروبة

ان عقد الاتفاق الواقع على بناء العمارات والبيوت والفنادق والمستشفيات وغيرها قد ادخل فيه المتعاملون قيودا وشروطا تخرجه عن حكم الاستصناع الجائر الذي ذكره الفقهاء .

ومن ذلك تحديد مدة الانجاز ووضع غرامة على مازاد على المسدة المحدودة عن كل يوم كذا وكذا يدفعها المقاول .

وهذه الغرامة بهذه الصفة لم يقل بجوازها احد من الائمة الاربعة لا الامام اchied ولا مالك ولا الشافعى ولا ابو حنيفة ، وفيها من الاضرار على المقاول ما لا يخفى على عاقل اذ قد تذهب بأعظم مقاولته التى هى بمناوبة أجرته وحاصل تجارته ، اذ كل المواد الموضوعة فى البناء ملك للمقاول .

وقد ذكر الفقهاء من الحنابلة من انه لايجوز الجمع بين المدة والعمل فى باب الاجارة ، وذلك بأن يقول : اريد أن تبنى لى دارا بكذا ، بشرط ان تنجز فى وقت كذا ، لوقوع ما يمنع التنجيز فى المدة المضروبة .

وقد قالوا بمنع الجمع بين المدة والعمل فى وقت كان البناء فيه سهلا ميسرا ولم يكن صعبا معقدا .

بحيث ان العادة القديمة فى انشاء المقاولات على البيوت والعمارات وسائر البنايات بأن جميع موادها متساوية متيسرة ، بحيث تبنى بالطين والحجارة واللبن وتسقف بالاثل وجريد النخل وتلاص بالطين او الجص ، وكل مواد البناء موجودة بداخل البلد او بمحل العمل ، والأساتذة والعمال متيسرون وقت الطلب فالبناء كله بسائر انواعه سهل مبسط غير عسير .

اما الآن وفى هذا الزمان ، فقد صارت المقاولات على البنايات ذات الشأن من الامور الصعبة العويصة الشاقة ولايزال الناس يقومون ويتعدون فى المحاكم فى خصوص المنازعات والخصومات الناشئة عن الاختلافات فى الصفات وتحديد الاوقات وفى الغرامات ثم ان ادخال الغرامة فيما زاد على المدة المحدودة هى مما اركسها فى الجهالة وكانت سببا فى اتساع شقة الخلاف مع الاسباب الناشئة عن عدم التطبيق ودخول الزيادة والنقص والتعديل والتبديل .

وسببه أن العمارة الواحدة ذات الشئان والمؤسسة على النظام الحديث يدخل فيها من الآلات والأدوات مايزيد على خمسين مادة كلها تستجلب غالبا من الخارج كالبلدان الأوربية واليابان والهند والصين ونحوها .

مثل الحديد على اختلاف أشكاله وأدوات الكهرياء على اختلاف أنواعها وكذا السخانات وانابيب المياه والأدوات الصحية على اختلاف أشكالها وكذا الأحواض والأصباغ على اختلاف أنواعها والبلاط الثخين والخفيف والأبواب والشبابيك والأسمنت وأشياء كثيرة مما نعرغه وما لانعرغه . وكل هذه الآلات والأدوات قد توجد في وقت وقد لا توجد في وقت آخر مع كونها لاتنضب غالبا أو صافها لاختلاف أجناسها .

لهذا رأينا التجار يشكون أزمة تعطيل وصول البضائع التي من جعلتها مواد البناء ، بحيث يعطون الموعد لوصولها في خلال ستة أشهر ، ثم يمضي مع الستة أشهر ستة أشهر أخرى الى نهاية السنة بدون أن يتحصلوا على وصولها ، لأسباب الموانع المقتضية للتأخير من عدم وجود سفن التحميل أو تعطيلها أو وقوع أضراب للعمال في بلدنا ونحو ذلك .

اضف الى ذلك أن كل مادة من مواد البناء غانها تحتاج بطبيعة الحال الى حذاق وصناع من المهندسين والعارفين لوضع الأشياء في مواضعها اللازمة بها من نجارين وحدادين وصباغين وغيرهم . وليس من الممكن الحصول عليهم وقت طلبهم لكثرة أعمالهم وطلب الناس لهم ، فكانوا يعدون الشخص للحضور الأسبوع بعد الأسبوع ومن المعلوم أنه لايقوم غيرهم مقامهم في اتقان أعمالهم . وقد لاح الطبع بكثير من المسالكين في الغرامة على ما زاد على المدة المحدودة فصاروا يعاملون المقاولين بالترديد والتطديد مما يعرقل سير عملهم بقولهم : هذا لا يصلح ، وهذا لا يصلح ، حرصا على انسحاب الأيام حتى تزيد على المدة المحدودة فتكثر بسببها الغرامة على المقاول .

لهذه الأسباب صار انجاز العمل عن وقته المحدود يتأخر اضطراريا لاختياريا وحتى التجار الذين لديهم المؤهلات المقتضية لانجاز عملهم ويبنون لأنفسهم على حسابهم الخاص ، غانهم يقدرون لانتهاء عملهم بعشرة أشهر ، ثم يمضي مع العشرة عشرة أخرى بدون اتمامه واحكامه . . وهذا قد صار من الامر المعروف المسالوف عند كافة الناس .

أضف إليه ما يعرض للمقاول من عوز العمال وعدم وجود بعض المواد وكذا ما يعرض له مما يعرقل سير عمله من حوادث الزمان مثل الأهوية الشديدة والأمطار والسيول والحر الشديد والبرد الشديد وكل هذه تحكم على المقاول ولا يستطيع أن يحكم عليها .

إذا ثبت هذا غان الحكم على المقاول بالزامه بالغرامة على ما زاد على المدة . مع العلم بهذه الأعذار أنه حكم عليه بالجور وعدم العدل ، ونتيجة هذا الحكم هو أن يستبيع المسالك أكل مال المقاول وأجرة عمله وعرق جبينه ظلما بغير حق لأن الذين غرضوا هذا الشيء سموها غرامة أي ظلما وتكالا .

ولم يصح عن أحد من أئمة المذاهب الأربعة القول بصحته لأن هذا التحديد ووضع الغرامة على ما زاد عليه يقع غالبا من تكليف ما لا يسنطاع كما ذكرنا ذلك والله لا يكلف نفسا إلا وسعها ، وإنما وقع منهم على حساب الظن والتخمين في الانجاز قصدوا به الحث والتحريض ، وقد أتفق الأئمة الأربعة على عدم إباحة هذه الغرامة بهذه الصفة . فلا يحكم بالزامها إلا من يحكم بإباحة الربا والقمار وسائر العقود المنهى عنها مما يتراضى عليه الناس من العقود الفاسدة . والله أعلم .

\* \* \*

## ❖ الفصل الثامن : دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستصناع :

### تمهيد :

في هذا الفصل سنحاول دراسة تصنيع العقارات والمباني الجاهزة مما يكثر السؤال فيها. وندرس بعض العقود التي شاع التعامل بها داخليا وخارجيا .

### المبحث الاول : تصنيع العقارات :

ان العقارات التي تبني حاليا تلتبس على الكثير . . على ان المراد منها نفس المراد بالاستصناع . . الا انها تختلف عن الاستصناع من عدة اوجه هي :

**الاول :** من جهة كون المتاول يعمل في ارض المسالك مما لاسبيل الى رده الا بهديه واتلافه (١) .

**الثاني :** انه بتعدد الاعصار اخذت مسائل الاستصناع التي يلزم بناؤها على مثل ما فكره الفقهاء تختلف في مثل هذا العقد حيث أدخلوا فيها اشياء كثيرة من الشروط والتحديدات والفرامات مما يتغير الحكم بدخولها في عقده . أضف اليه ادخال الكثير من الآلات والأدوات المتنوعة الجليطة والدقيقة مما قد يوجد في بلد العقد وقد لا يوجد (٢) .

❖ اما فقهاء النظام الوضعي فقالوا (٣) : ينبغي ان يتعلق الاستصناع بتصنيع منقولات مادية . ولا تعتبر عقود استصناع : الاتفاقات التي يتعهد بمقتضاها متاول بأن يشيد لحساب شخص ما عمل عقارى أو ثابت يلتزم بأن يقدم مواده اذ يكون حيثذ أمام مجرد استئجار للعمل والصناعة . فتصنيع العقارات لا ينطبق عليها عقد الاستصناع في الفقه الاسلامي والنظام الوضعي .

### المبحث الثاني : تصنيع المباني الجاهزة :

الذى اراه بالنسبة لبناء العقارات الجاهزة او التي تسمى « السابقة الصنع » انها تعتبر استصناعا نظرا لما يلى :

(١) أحكام عقود التأمين - آل محمود ص ٧٤ .

(٢) نفس المصدر السابق .

(٣) رسالة عقد الاستصناع لداويد ص

١ — أنها ولو كانت في ملك المستصنع الا أنه يمكن الفسخ والارجاع بسهولة .. وذلك بفتحها ، وارجاعها الى صاحبها عند عدم المطابقة .. كالثوب . غائه لا يصنع الا وهناك جسم بشرى يلبس عليه .. فعند المخالفة للأوصاف ينزعه ليرجعه .... فعلى هذا .. تنطبق أحكام عقد الاستصناع على المباني الجاهزة .

٢ — مهما أدخل المقاولون أو الصناع أشياء جديدة أو دقيقة .. فمما دام في الامكان ارجاعها .. فلا بأس في ذلك ولا ضرر .. ولو كانت غير موجودة في البلد الذي تعاقد عليه المتعاقدان .. فالوسائل الحديثة في النقل . واستعمال الآلات الكاتبة البرقية (٤) ، والحاكي ، والهاتف ، وغير ذلك من أنواع الآلات المستعملة في الاتصال تعين كثيرا على حل مشاكل الصناعة والتجارة وغير ذلك من التعامل بين البلدان بعيدة الأطراف .. وعلى هذا تكون الصناعات التي كثرت في بلاد المسلمين في المباني الجاهزة داخلة في الاستصناع — والله أعلم .

\* \* \*

---

(٤) الآلة الكاتبة البرقية : هي آلة لنقل الرسائل وهي شبيهة بالآلة الكاتبة الى حد كبير مع اضافة نظام كهربى يحول الرسالة الى رموز برقية ، ثم تطبع حسب رموز برقية معتمدة عالميا ، وتسمى ( التلكس ) .



## \* البحث الثالث : دراسة لبعض عقود الاستصناع المحلية والخارجية :

### تمهيد :

هناك عقود استصناع تشهدها الساحة الاقتصادية في جميع البلدان ومنها المملكة العربية السعودية .. لكن هذه العقود تكون غالبا على نوعين رئيسيين هما :

**الأول :** وهي ما تكون داخل البلد نفسه بين الصانع والمستصنع « التعاقد المحلي » .

**الثاني :** وهي ما تكون بين بلد وآخر حيث يكون الصانع في بلد والمستصنع في بلد آخر أو بالعكس وتسمى « التعاقد الخارجي » .

**التعاقد المحلي :** فهو كثير في الحياة الاقتصادية ويتنوع الى انواع كثيرة بحسب المادة المصنوعة ونوع الصنعة . فمن هذه العقود ما هو بسيط بين شخص ( مستصنع ) وآخر ( صانع ) بأدوات بسيطة مثلا كمن يصنع للمستصنع حذاء كالنعال الزبيرية المشهورة فهي تدخل في هذا القسم .

وصورتها ان يذهب الشخص الى صانعها ويطلب منه ان يصنع له نعلا ويصف له نوع الجلد ونوع الخرازة التي تستعمل في الجلد .. ونوع الجلد المستعمل بالخرازة والمقاس والعدد .. ويتفقان على السعر والمدة . وهي في الغالب للاستعمال .. لا للإهلاك .. وقد يدفع له شيئا او لا يدفع .

فيأتي المستصنع ويطلب النعال المطلوب صنعها من الصانع ويأخذها فان وجده على المطلوب اعطاه باقي القيمة ان كان قد دفع شيئا او يعطيه كل المبلغ ان لم يكن قد دفع ، فان لم يكن على المطلوب له حق الرجوع فيه ، واخذ بدله مما يوافقه ، او يصنع له نعلا آخر . وما تركه اخذه صانعه لبيعه ولو بأقل السعر المطلوب منه لأنه أخطأ في صنعه .

والا يتفقان على نسخ ما بينهما من عقد وهو قليل على ما اراه من عرف سائد الآن .

وهناك تعاقد داخلي تم داخل مصر نوردته فيمايلي :

**جاء في الفتاوى المهدية (٥) :** سئل الالمى محمد العباسي : عن حادثة من طرف قاضي الجيزة مضمونها : ادعى رجلان على آخر . ان أحدهما

(٥) الفتاوى المهدية في الوقائع المصرية لمحمد العباسي ١٥٢/٢

اتفق معه على انشاء مركب طولها ٢٧ شبرا كاملة الدوامس والخلق والدغة . ويكون له نصفها في نظير مبلغ ذكره دفعه للصانع .

فأحضر الصانع مايلزم لذلك . . وبعد الابتداء في انشائها حضر الرجل الآخر واشترى من الصانع النصف الآخر بمبلغ عينه دفعه له بشرط تنميتها على الشرط الأول وأنها الى الآن لم تتم . وبلغ مقاسها بعد تركيب اضلاعها ٢٣ شبرا . وأنها يطلبان العامل بتنميتها وتسليمها لهما . وأنها الآن موجودة بمكان كذا . .

أجاب بالاعتراف بالتوافق المذكور ، وأنه أنشأ مركبا طولها ٢٧ شبرا وآخرين طول كل واحد ٢٣ شبرا . وأنه باع نصف المركب البالغ مقاسها ٢٧ شبرا . التي أنشأها حسب التوافق مع أحدهما للآخر بالمبلغ الذي ذكره . . وأنه قبضه وأنها الى الآن لم تتم عمارتها .

فما الحكم في هذا التوافق ؟

### الجواب :

أجاب : التوافق بين اثنين على أن يصنع أحدهما مركبا ويكون نصفها للمستصنع مع بيان أوصافها . ولم يذكر أجلا . « استصناع ان جرى به التعامل » . . والا لا يصح غيسخ . الا اذا ذكر الأجل على سبيل الاستعجال فيصح بيعا لعدة .

وعلى فرض صحته استصناعا لايجبر أحدهما عليه . . فهو عقد غير لازم قبل العمل من الجانبين بلا خلاف . حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل .

وأما بعد الفراغ من العمل قبل ان يراه المستصنع فكذلك . حتى كان للصانع أن يبيعه من يشاء .

وأما اذا أحضره الصانع على الصفة المشروطة سقط خياره في ظاهر الرواية . ا. هـ .

### التعاقد الخارجى ( الدولى ) :

ومن التعاقد بالاستصناع الذى يتم بين دولة وأخرى اخترت عقدا بين الملكة العربية السعودية ومصر العربية . . وهذا العقد تم بين مؤسسة « كرا » بجدة والمهندس صبرى عياد بالقاهرة وقد تم التعاقد باختصار على الوجه التالى :

✽ **الطرف الاول :** وهو المستصنع : مؤسسة كرا للمقاولات بجدة —  
المملكة العربية السعودية .

✽ **الطرف الثانى :** وهو الصانع : المهندس صبرى عياد . مصر  
العربية .

فى ١٣٩٧/١/٧ هـ — تم فتح اعتماد مستندى فى ( البنك الاهلى  
التجارى فى جدة ) بتعميده بفتح اعتماد مستندى غير قابل للرجوع فيه .  
معززا بالبريد الجوى . لامر المهندس صبرى عياد فى القاهرة . . لحساب  
مؤسسة كرا للمقاولات فى جدة بمبلغ ١٠٠.٠٠٠ جنيه استرلينى لا غير .

وذلك قيمة استصناع حوالى ١٥ طن زائد ناقص ١٠ ٪ غورمات  
حديد لبناء الجسور حسب الرسومات المسلمة للصانع من قبل المستصنع .  
والقيمة تدفع حسب شهادة السوزن بسعر الطن ٦٠٠ جنيه  
استرلينى . . . . . وقد وضعت على الصانع بعض الشروط التى يستوثق  
بها المستصنع .

**من هذه الشروط : ١ —** أن يقدم فاتورة تجارية على ثلاث نسخ .  
الأصلية منها مصدقة من قبل السفارة السعودية فى القاهرة والغرفة  
التجارية .

٢ — قائمة تعبئة .

٣ — شهادة منشأ صادرة من الغرفة التجارية .

٤ — شهادة وزن .

٥ — أن يكون عمر الباخرة الناقلة لايزيد عن ١٥ سنة من تاريخ  
الصنع .

٦ — وأن الشحن المجزا غير مسموح به .

ولما كان فتح الاعتماد فيه من القضايا التى لها صلة بدراسة البنوك  
الاسلامية والتى تحتاج الى دراسة وافية ، وبيان رأى الشريعة الاسلامية  
فيها . كالتأمين . والنسبة المئوية كعمولة يأخذها البنك على المستصنع ،  
والعمولة الأخرى عن كل شهر يتأخر فيها المستصنع بالدفع . لهذا كله لم  
نتطرق لهذا التعاقد . . بل نلمح له تلميحاً كمثال على الواقع .

### ❖ الفصل التاسع : ماينتهى به عقد الاستصناع :

بعد ان عرفنا ان عقد الاستصناع من عقود المعاوضات المسماة ذات الشخصية المستقلة عند الحنفية .. فهو ينتهى بما تنتهى به هذه العقود .. من وفاء المتعاقدين بالالتزامات المتبادلة التى يحتبها العقد وهى :

#### أ — من جهة الصانع :

- ١ — القيام بالصنع للمسادة الخام التى تكون عليه .
- ٢ — تسليم المطلوب صنعه الى المستصنع .
- ٣ — استلام الثمن المتفق عليه بينهما .

#### ب — من جهة المستصنع :

- ١ — اعطاء المواصفات المطلوبة للصنع الى الصانع عند التعاقد .
  - ٢ — استلام المطلوب صنعه .
  - ٣ — دفع الثمن للصانع .
- هذا كله عند اتمام الصنع على وفق الاوصاف المطلوبة ورضا المستصنع بها على الراى القائل .. بان الاستصناع عقد غير لازم .
- وحتمية تنفيذ الالتزام عند من يرى ان الاستصناع عقد لازم كما تكلمنا من هذا غيا سبق .

٤ — اقالته من العقد من احده المتعاقدين للآخر عند من يرى ان الاستصناع من العقود اللازمة .

❖ **موت الصانع :** ينتهى عقد الاستصناع ايضا بموت الصانع خلافا لعقد البيع الذى لايبطل بموت البائع وهو الذى يقابل الصانع فى عقد الاستصناع .

❖ **وجه هذا الراى :** الاستصناع له شبه بالاجارة من جهة انه يبدأ وكأنه عقد اجارة . وينتهى على انه بيع . حيث ان الصورة الواقعية له : ان المستصنع يطلب من الصانع صنع المطلوب فهو عقد اجارة قبل الصنع وقبل التسليم .

فإذا مات المصنع وأراد المصانع تسليم المطلوب صنعه للمستصنع ،  
فإنه يأخذ الثمن المتفق عليه « الذى يشمل قيمة المادة الخام + أجره  
المصنع » فهو بيع . فإذا مات المصانع فكأنه لا زال فى مرحلة الإجارة . .  
والإجارة تبطل بموت العامل .

**وجاء فى البدائع (١) :** بأن ما ينتهى به عقد الإجارة موت من وقع له  
الإجارة إلا لعذر . . والكلام على كيفية بطلان الإجارة بموت العامل يتطلب  
منا بيان ذلك :

الإجارة عند الحنفية تنعقد ساعة بعد ساعة على وفق حدوث المنافع  
شيئاً فشيئاً . . وإذا كان كذلك فما يحدث من المنافع فى يد الوارث لم يملكها  
المورث لعدمها .

والملك صفة الوجود لا العدم . . فلا يملكها الوارث ، إذ أن الوارث  
أما يملك مكان على ملك المورث . . فما لم يملكه يستحيل وراثته . .  
بخلاف بيع العيين لأن العيين ملك قائم لنفسه ، ملكه المورث الى وقت  
الموت ، فجاز أن ينتقل الى الوارث . . ولأن المنافع لا تملك إلا بالعقد ،  
وما يحدث منها فى يد الوارث لم يعقد عليها . . فلا يثبت الملك فيها للوارث . .  
والأصل أن الإجارة تبطل بموت المعقود له ولا تبطل بموت العاقد .

وصلة هذا بالاستصناع من جهة أن المصانع عندما يحول المادة  
الخام الى المطلوب صنعه . . هذا العمل منفعة تقدمها للمستصنع فهو  
« المصانع » عامل من هذه الجهة قبل التسليم . . فلهذا يبطل الاستصناع  
بموت المصانع . والله أعلم .

\* \* \*

---

(١) البدائع ٢٦٧٢/٦ وما بعدها .

## الخاتمة

وبعد أن فرغت بعون الله وتوفيقه مما أردت بيانه .. وبقي على ان  
أختم رسالتي هذه ببيان أهم ما جاء فيها في النقاط الموجزة الآتية :

بحثت في الباب التمهيدى ثلاثة مواضيع .. أردت بالموضوع الأول ..  
عرض عام لموقف الشريعة الإسلامية من العمل والصناعات ، وأعطاء  
غكرة تاريخية عن الاستصناع وانتهيت الى ان الاستصناع كان موجودا منذ  
القدم والى الآن .. وان الشريعة الإسلامية ما جاءت لتقضى على كل عادات  
ومعاملات الجاهلية قبل الإسلام .. بل منعت بعضها وأقرت البعض الآخر  
مما هو صالح ، واشترطت على البعض الآخر شروطا تقوم ماضى عليه  
ليوافق الشريعة الإسلامية .. ولهذا كان الاستصناع من العقود التى أقرها  
الإسلام بشروط مخصوصة معينة سنذكرها .. ان شاء الله .. لهذا كان  
عقد الاستصناع عقدا لا وعدا عند جمهور فقهاء الحنفية .. فأردت في  
الفصل الثانى بيان موقف الشريعة الإسلامية من العقود التى يتم ربطها  
بين أطراف المتعاقدين فبحثت مدى حرية المكلف فى انشاء العقود ، وانتهيت  
الى ان المكلف له حرية التعاقد بشرط عدم وجود مانع شرعى من نص  
او إجماع .. فعقد الاستصناع جائز من هذه الجهة ..

وفى النظام الوضعى درست رايه فى مبدأ سلطان الإرادة وهو يتفق  
مع ماقررتة الشريعة الإسلامية فى حرية المكلف بشرط عدم وجود مانع  
شرعى ..

أما الموضوع التمهيدى الثالث .. فقد كان التعاقد على المعدوم وهو  
موضوع له صلة برسالتى هذه حيث ان موضوع رسالتى يتم التعاقد فيه  
على معدوم .. وبينت راي الشريعة الإسلامية فى التعاقد على المعدوم ..  
وآراء الفقهاء فيه وناقشتها وانتهيت الى ان التعاقد على المعدوم ليس العلة  
فى منعه كونه معدوما .. بل لعلة أخرى كما يراها ابن القيم وهى الضرر  
او الجهالة المفضية للنزاع مثلا .. ثم ان الاستصناع كما يرى الحنفية ،  
ولو أنه معدوم .. الا أنه كالموجود حكما وذلك مثل : الطهارة للمستحاضة  
جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات لئلا تتضاعف الواجبات .

وقسمت الرسالة الى ستة ابواب ، وفي كل باب فصولا تتعلق به وهي  
مايلي :

الباب الأول : استعرضت فيه مفهوم عقد الاستصناع عند اهل اللغة  
والفقهاء المسلمين واصحاب النظم الوضعية .. وبعد استعراض تعريفات  
الفقهاء ومناقشتها .. اخترت التعريف التالي للاستصناع عند اصحاب  
الاتجاه الأول وهو : « عقد على مبيع في الذمة يشترط فيه العمل على وجه  
مخصوص » .. اما اصحاب الاتجاه الثاني : فقد اخترت لهم تعريفا  
للاستصناع عند كل واحد منهم ، وأساس التعريف عند اصحاب الاتجاه  
الثاني مأخوذ من السلم عندهم .. لأن اصحاب الاتجاه الثاني : ( المالكية ،  
والشافعية ، والحنابلة ) يعتبرون الاستصناع داخلا ضمن احكام السلم  
مع اختلاف بسيط فكرناه مفصلا في موضعه .. ثم بينا تعريف الاستصناع  
عند النظام الوضعي .. وفي هذا الباب درست مسألة اختلف فيها فقهاء  
الحنفية وهي : هل الاستصناع عقد أم وعد ؟ ورجحت الأخذ برأى جمهور  
الحنفية على أن الاستصناع عقد وليس بوعد .. ولما كان عقدا درست  
في الفصل الثالث العقد بصورة عامة : تعريفه والعلاقة بين العقد والتصرف  
ثم درست العقود تقسيماتها عند الفقهاء وقارنت بينها وكان مما اخترت  
له في هذا تقسيم للحنفية وآخر للحنابلة .

وفي الباب الثاني : درست مشروعية الاستصناع عند اصحاب الاتجاه  
الأول (الحنفية) ورجحت جوازه ، وبينت أدلة الجواز وحكمة المشروعية ..  
اما حكمه عند اصحاب الاتجاه الثاني (المالكية ، والشافعية ، والحنابلة)  
فلم يكن مستوفيا للبحث عندهم .. الا أنني بقدر من العلم استطعت معرفة  
حكمه عندهم .. فالمالكية : شبهوا الاستصناع بالسلم فجوزوا السلم  
بالصناعات كفرهم من الفقهاء .. وأما الشافعي : فجوز استصناع السلعة  
أن كانت من مادة واحدة .. أما أن كانت أكثر من ذلك فقد اشترط لجوازها  
ضبط المواصفات منعا للفرار المؤدى للنزاع .. أما الحنابلة : فقد منعه  
عندهم صراحة القاضي واصحابه .. لكنهم أجازوا السلم بالصناعات ..  
لجميع اصحاب الاتجاه الثاني جوزوا السلم بالصناعات .. لذا درست  
حكم السلم عندهم وحكمة المشروعية وشروط السلم . وبينت رأى الظاهرية  
فيه ورأى الشيعة الجعفرية باختصار لعدم وجود أدلة في كتبهم التي عثرت  
عليها واطلعت .

ودراسة عقد الاستصناع كمعقد مستقل لم تظهر واضحة الا عند  
الحنفية .. لذا أصبحت دراستي للاستصناع بعد هذا الباب في أكثر  
فصوله خاصة بالحنفية .

غنى الباب الثالث : درست تكييف عقد الاستصناع .. فمنهم من رأى أنه بيع ، ومنهم من رأى أنه اجارة ، ومنهم من رأى غير ذلك .. خرجت من يرى أن الاستصناع بيع فقد بعض مستلزمات البيع المطلق .. وبينت ماهى المستلزمات التى عقدتها . ثم بينت تكييفه عند أصحاب النظام الوضعى : ومايقابل هذا التكييف فى الشريعة الاسلامية .

أما الباب الرابع : كان البحث فيه عن المقومات والشروط .. فالمقومات منها العام لكل عقد وهو مايبناه بصورة مختصرة وركزنا على مااتفق عليه الفقهاء على أنه ركن للمعقد وهو الصيغة .. وبيننا المراد منها عند الفقهاء جميعا .. ثم ذكرنا أركان عقد الاستصناع فى النظام الوضعى .. أما الشروط فقد تكلمت عنها غيدات بالشروط العامة للاستصناع وغيره عند الفقهاء جميعا .. وسرت على أساس تقسيم الشروط الى هائلى :

شروط الانعقاد ، شروط اللزوم ، شروط الصحة ، شروط النفاذ .

وكل واحد من هذه التقسيمات له شروط خاصة به وبينت رأى الفقهاء عند اصحاب الاتجاهين الأول والثانى فى هذه الشروط ثم تكلمت عن الشروط الخاصة للاستصناع وقلت انها عند الحنفية ثلاثة : الاول : أن يكون المستصنع فيه معلوما .. فتكلمت عن مفهوم المستصنع فيه (المعقود عليه) وبينت الخلاف فيه ورجحت أن المعقود عليه فى الاستصناع هو العين لا العمل .. وعن الشرط الثانى : الذى يرى فيه الحنفية أن يكون مما يجرى فيه التعامل .. وفى هذا الشرط تكلمت عن مفهوم التعامل بين الناس وعن التعامل والقياس اذا تعارضا .. أما شرط التعامل فى الاستصناع : فغدبينت أن هذا الشرط هو ارتكاز عقد الاستصناع .. فلا بد أن يكون الاستصناع مما يجوز التعامل به وهو الاصح عند جمهور الحنفية .. وعن الاستصناع عقد على مبيع فهو نوع بيع .. وعقد البيع عقد لازم .. الشرط الثالث : ( ضرب الأجل فى الاستصناع ) تكلمت فى البداية عن مفهوم الأجل عند الحنفية ، وما المراد منه ؟ ورجحت أن الأجل يراد به عند اطلاقه الشهر فما فوق ، سواء بالسلم ام بالاستصناع ، وبينت خلاف الحنفية فى اشتراط ضرب الأجل ، ورجحت العمل بجواز ضرب الأجل . اذ أن الأجل اذا ضرب فى الاستصناع لا يغير معناه الى سلم .. فهو باق على معناه الاصلى وهو رأى صاحبين .. أما شروطه الخاصة فى النظام الوضعى فهي شروط المقولة .



وفي الباب الخامس : درست اللزوم وعدمه في عقد الاستصناع فقسمت الباب الى ستة فصول : بحثت في الفصل الأول : موقف عقد الاستصناع من العقود المسماة .. علما بأن هذا اللفظ اصطلاح حديث .. الا اني اردت وضع الاستصناع في موضعه المناسب . فالمعروف مثلا : ان عقد البيع عقد مسمى ومشهور بهذا الاسم وورد ذكره في القرآن الكريم .. والاستصناع عقد على مبيع فهو نوع بيع .. وعقد البيع عقد لازم .. لذا اردت بهذا الفصل معرفة اللزوم والالتزام في الشريعة الاسلامية فوصلت الى ان اللزوم هو من الشرع ، والالتزام من الانسان نفسه ، وبمثل هذه الدراسة كان البحث في النظام الوضعي .. وفي الفصل الثاني : قسمت العقود بالنسبة للزوم وعدمه وكانت تسعة عقود والعاشر هو الاستصناع .. هل هو لازم أم غير لازم .. غايو يوسف ومحمد يعتبرانه لازما في حالة رؤية المستصنع للشيء المصنوع .. في حين نجد ابا حنيفة يعتبره غير لازم والمجلة العدلية اعتبرته عقدا لازما منذ البداية وحتى النهاية .. وبما ان عقد الاستصناع وبعد التوافق بين الطرفين يبر بثلاث مراحل .. لذا اعطيت كل مرحلة من هذه المراحل حقها من البحث وركزت على مسألة اللزوم وعدمه في هذه المراحل بالنسبة للصانع والمستصنع ، وبينت خلاف الحنفية في هذه المراحل .. وفي الفصل الرابع : ابرزت رأيا مستقلا عند فقهاء الحنفية يرى ان الاستصناع عقد لازم منذ بداية التعاقد وحتى نهايته ، وأوردت ما نوقش به هذا الرأي ووصلت الى نتيجة وهي ان العقد يصير لازما اذا ما اتى الصانع بما استصنع موافقا للمواصفات المطلوبة .. اما قوله بأنه لازم منذ بدايته .. فهو رأي مرجوح .. وفي الفصل الخامس تكلمت عن الآثار المترتبة على العقد من حيث ملك الثمن والمستصنع فيه .. وبينت ان هذا الملك يكون غير لازم لأن الاستصناع عقد غير لازم ، وما يملكه انما يملكه ملكا غير لازم على رأي من يرى ان الاستصناع عقد غير لازم .. وفي النظام الوضعي بينت هذا الموضوع عندهم ووصلت الى ان عقد الاستصناع عقد لازم في النظام الوضعي .. مع اعطاء حق الفسخ للمستصنع دون الصانع كراي بعض الحنفية الذي اوردناه في هذا الباب .

وفي الباب السادس : جمعت امورا تتعلق بعقد الاستصناع ، واكثرها تتعلق بانتهاء وانهاء العقد .. فغضاري الرؤية والعيب لهما تعلق كبير في الاستصناع من حيث ثبوت هذين الخيارين فيه .. لذا تكلمت عنهما من

حيث ثبوتها وشروطها ومستقطات كل منها .. وبيئت بعد ذلك نظرية النظام الوضعى لخيار الرؤية والعيب ، ووصلت الى ان هذا الموضوع ليس له نظير في النظام الوضعى الغربى .. وفي الفصل الرابع : تكلمت عن مسألة يكثر حصولها في العقود وهى التنازع بين اطراف التعاقد .. فابنت ان حل التنازع في هذا العقد يبرى عليه ما يبرى على عقود المعاوضات المسالية من اصول المحاكمات والمرافعات .. وفي الفصل الخامس درست الظروف الطارئة التى لها تعلق بعقد الاستصناع فعرفت : انه لاجابة لنا في اللجوء الى استعمالها هذا على القول الراجح : في ان الاستصناع عقد غير لازم .. ويمكن اللجوء اليها عند الآخذ في القول المرجوح الذى يرى انه عقد لازم .. وفي الفصل السادس : درست شرطا من الشروط لم يكن معروفا بهذا الاسم عند فقهاءنا الاقدمين وهو الشرط الجزائى فنتج عن هذه الدراسة .. انه يمكن الآخذ به .. لان من الاشياء فجميع اصحاب الاتجاه الثانى جوزوا السلم بالصناعات .. لذا درست التى جعلتنا نرجح الآخذ به .. هو دفع الضرر ومنع تفويت المنافع ، وسد ابواب الفوضى والتلاعب بحق العباد ، وسبب من اسباب الحفز على الوفاء بالعهود .. وكان اعتمادى في هذا على فتوى هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية .. ومن آراء المعاصرين في عقد الاستصناع اخترت ما درسه الشيخ / عبد الله آل محمود عن الاستصناع ونقلته ماقاله مع بعض التحفظات على ما قال به .. اما في الفصل الثامن : فكانت دراسة تطبيقية على عقد الاستصناع في الداخل ( المظى ) وفي الخارج ( الدولى ) أردت بهذا التطبيق اعلام القارئ الكريم بأن مثل هذا موجود في الحياة الاقتصادية داخليا وخارجيا ومما درسته تصنيع العقارات فوصلت الى نتيجة تقول ان تصنيع العقارات ليس داخلا في عقد الاستصناع .. لما تصنيع المباني الجاهزة ( السابقة الصنع ) فهى داخلة في عقد الاستصناع وذلك لعدة اسباب منها : ان هذا التصنيع لا يختلف عن تصنيع الثياب ، والخفاف حيث انه يمكن لاي ظلل في المباني الجاهزة ارجاعها للصانع بسهولة ، وبدون مضرة .. وبانتهاء هذا البحث نأتى على نهاية الكلام من عقد الاستصناع بالفصل التاسع حيث ابنت فيه ماينتهى به عقد الاستصناع سواء من جهة الصانع او من جهة المستصنع .

\* \* \*

## « ثبت المراجع »

### أولا : التفسير :

- ١ — أحكام القرآن — أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص — توفي سنة ٣٧٠ هـ — دار المصحف — القاهرة — تحقيق محمد الصادق محلاوى .
- ٢ — تفسير القرآن الكريم — ( المسمى أنوار التنزيل وأسرار التأويل ) — ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوى ( ٧٩١ هـ ) — دار المعهد الجديد للطباعة — القاهرة — ١٣٨٠ هـ .
- ٣ — تيسير العلى القدير لاختصار تفسير ابن كثير — محمد نسيب الرفاعى — الطبعة الاولى — بيروت — ١٣٩٢ هـ .
- ٤ — جامع البيان عن تأويل آي القرآن — أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى ( ٣١٠ هـ ) ط ٢ سنة ١٣٧٣ هـ . مطبعة البابى الحلبي — القاهرة .

### ثانيا : السفة :

- ١ — ارشاد السارى لشرح صحيح البخارى — شهاب الدين أحمد بن محمد القسطلانى ( ٩٢٤ هـ ) المطبعة الميمنية — القاهرة ( ١٣٢٧ هـ ) مع تحفة البارى لذكرى الانصارى مع شرح النووى على مسلم .
- ٢ — التاج الجامع الأصول فى أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم — أبو السعادات مبارك بن محمد بن الاثير ( ٦٠٦ ) ط ٣ ( ١٣٨١ هـ ) . ومعه غاية المأمول شرح التاج الجامع الأصول .
- ٣ — سنن ابن ماجه — الحافظ أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزوينى ( ٢٧٥ هـ ) م الباب الحلبي — القاهرة ( ١٣٧٣ هـ ) تحقيق محمود غزاد عبد الباقي .
- ٤ — سنن أبى داود — الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستانى ( ٢٧٥ هـ ) — م السعادة ( ١٣٦٩ هـ ) .
- ٥ — سنن النسائى :  
للحافظ أبو عبد الرحمن بن شعيب بن على النسائى ( ٣٠٣ )  
المطبعة الهندية . ومعه شرح السيوطى وحاشية السندى .

- ٦ — عارضة الاحوذى بشرح صحيح الترمذى — أبو بكر محمد بن عبدالله ابن العربى ( ٥٤٣ هـ ) م دار العلم — دمشق .
- ٧ — فتح البارى بشرح صحيح البخارى — أحمد بن على بن حجر العسقلانى ( ٨٥٢ هـ ) م السلفية .
- ٨ — كتاب الاعتبار فى بيان الناسخ والمنسوخ من الآثار — أبو بكر محمد ابن موسى بن عثمان بن حازم الهمذانى ( ٥٨٤ هـ ) م الاندلس — حمص . ط ١ ( ٣٨٦ هـ )
- ٩ — مختصر صحيح مسلم للحافظ المنذرى — تحقيق محمد ناصر الالبانى — ط ١ ( ١٣٨٨ هـ ) باشراف الدار الكويتية للطباعة — الكويت .
- ١٠ — مسند الامام احمد — احمد بن حنبل ( ٢٤١ هـ ) وبهامشه منتخب كنز العمال فى سنن الأقوال والأفعال م بيروت — المكتب الاسلامى . دار صادر .
- ١١ — منتقى الأخبار لشيخ الاسلام ابن تيمية مجد الدين عبد السلام ابن عبد الله الحرانى ( ٦٢١ هـ ) مع نيل الاوطار .
- ١٢ — نصب الراية الى تخرىج احاديث الهداية — جمال الدين محمد بن عبد الله بن يوسف الزيلعى ( ٧٦٢ هـ ) ط ١ ( ١٣٥٧ هـ ) م دار المأمون — القاهرة .
- ١٣ — نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار — محمد بن على بن محمد الشوكانى ( ١٢٥٠ هـ ) ط الأخيرة م البابى الحلبي — القاهرة .
- ١٤ — النهاية فى غريب الحديث والاثار — مجد الدين أبو السعادات المبارك ابن محمد الجزرى ( ابن الاثير ) ( ٦٠٦ هـ ) . م دار احياء الكتب العربية — القاهرة .

### ثالثا : كتب الفقه الإسلامى :

#### ١ — المذهب الحنفى :

- ١ — اختلاف أبى حنيفة ، وابن أبى ليلى — أبو يوسف يعقوب بن ابراهيم الأنصارى ( ١٨٢ هـ ) ط ١ م الوفاء — القاهرة ( ١٣٥٧ هـ ) .

- ٢ — الاختيار لتعليل المختار — عبد الله بن محمود بن مودود الموصلى —  
م البابى الطبى ط ٢ ( ١٣٧٠ هـ ) .
- ٣ — الأشباه والنظائر — زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم المصرى  
( ٩٧٠ هـ ) تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل — م الطبى — القاهرة  
( ١٣٨٧ هـ ) .
- ٤ — الإشراف على مسائل الخلاف والاجماع لأبى بكر بن المنذر ( ٣٠٩ هـ  
أو ٣١٠ هـ ) — مخطوطة مصورة عن الأصل فى الرباط الأحمدى  
بالمدينة المنورة تحت رقم ( ٢٨٩ ) وهى موجودة فى مكتبة الموسوعة  
الفقهية فى وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية — الكويت .
- ٥ — بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع — علاء الدين أبو بكر بن مسعود  
الكاسانى ( ٥٨٧ هـ ) م الامام — القاهرة .
- ٦ — تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق — غفر الدين عثمان بن على الزيلعى  
( ٧٤٢ هـ ) ط الثانية م الامرية ( ١٣١٤ هـ ) .
- ٧ — تحفة الفقهاء — علاء الدين السمرقندى ( ٥٣٩ هـ ) م جامعة دمشق —  
ط ١ ( ١٣٧٧ هـ ) .
- ٨ — جامع الصدر الشهيد فى ترتيب الجامع الصغير للامام محمد بن الحسن  
الصدر الشهيد — حسام الدين عمر بن عبد العزيز البخارى  
( ٥٣٦ هـ ) — مخطوط رقم ( ٧٠ ) فى المكتبة المركزية — بجامعة الامام  
محمد بن سعود الإسلامية .
- ٩ — حاشية بغية الالمى فى تخريج الزيلعى على نصب الراية للزيلعى —  
ط ١ ( ١٣٥٧ هـ ) — م دار الماسون — القاهرة .
- ١٠ — حاشية الدرر على الدرر — أبو سعيد محمد بن مصطفى بن عثمان  
الخادمى م دار السعادة التركية — مطبعة عثمانية ( ١٣١٠ هـ ) .
- ١١ — حاشية رد المحتار على الدر المختار — شرح تنوير الأبصار — محمد  
أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد الشهير ( بابن عابدين )  
١٢٥٢ هـ . ط ٢ ( ١٢٨٦ هـ ) م الطبى — القاهرة .
- ١٢ — حاشية سعدى جلى ( ٩٤٥ هـ ) على العناية والهداية — مطبوع  
على هامش شرح فتح القدير . ط ١ ( ١٣١٦ هـ ) م بولاق — القاهرة .

١٣ — حاشية الطحطاوى على الدر المختار — أحمد الطحطاوى الحنفى —  
م بيروت (١٣٩٥ هـ) .

١٤ — الدرر الحكام فى شرح غرر الحكم — محمد بن فراموز الشهر  
بملاخسرو ( ٨٨٥ هـ ) ومعه حاشية الشرنبلالى ( ١٠٩٦ هـ ) .  
م أحمد كامل ( ١٣٣٠ هـ ) .

١٥ — رسالة العرف مع مجموعة الرسائل لابن عابدين محمد أمين بن عمر  
ابن عبد العزيز ( ١٢٥٢ ) هـ — م سى ( ١٣٢٥ هـ ) .

١٦ — رمز الحقائق فى شرح كنز الحقائق — بدر الدين أبو محمد محمود  
ابن أحمد بن موسى العينى ( ٨٥٥ هـ ) م الأميرية — القاهرة ( ١٢٨٥ هـ ) .

١٧ — العناية — أكمل الدين محمد بن محمود البابرى ( ٧٨٦ هـ ) مع شرح  
فتح القدير — ط ١ ( ١٣١٦ هـ ) . م بولاق — القاهرة .

١٨ — الفتاوى الاسعدية — أسعد المبنى الحسينى ( ١١١٦ هـ ) م الخيرية

١٩ — الفتاوى الفياثية — داود بن يوسف الخطيب — ط ١ م بولاق —  
القاهرة ( ١٣٢٢ هـ ) . وبهامشها فتاوى ابن نجيم صاحب البحر  
الرائق .

٢٠ — الفتاوى المهدية فى الوقائع المصرية — محمد العباسى — م الأزهرية  
ط ١ ( ١٣٠١ هـ ) .

٢١ — الفتاوى الهندية تعرف بالعالمكية — السلطان أبو المظفر محبى  
الدين محمد أوزبك ( ١٠٧٠ هـ ) م بولاق — القاهرة — ط ٢ ( ١٣١٠ هـ )  
بهامشها الفتاوى البزازية المسماة ( الجامع الوجيز ) محمد بن محمد  
ابن شهاب المعروف بابن البزاز الكردى ( ٨٢٧ هـ ) .

٢٢ — شرح فتح القدير — كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام  
( ٨٦١ هـ ) ط ١ ( ١٣١٦ هـ ) م بولاق — القاهرة .

٢٣ — المبسوط — شمس الدين محمد بن أحمد بن سهل السرخسى ( ٤٢٨ هـ )  
م . دار المعرفة بيروت — ط ٢ .

٢٤ — الهداية مع شرح فتح القدير — على بن أبى بكر بن عيسد الجليل  
المرغينائى ( ٥٦٣ هـ ) ط ١ ( ١٣١٦ هـ ) م . بولاق — القاهرة .

## ٢ — الفقه المالكي :

- ١ — الاشراف على مسائل الخلاف — للقاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي ( ٤٢٢ هـ ) م الإدارة — القاهرة .
- ٢ — بداية المجتهد ونهاية المقتصد — أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن أحمد بن رشد القرطبي ( ٥٩٥ هـ ) ط ٣ ( ١٣٧٩ هـ ) م الطبى القاهرة .
- ٣ — التاج والاكليد لمختصر خليل — أبو عبد الله محمد بن يوسف العيدري الشهير بالمواق ( ٨٩٧ هـ ) مع مواهب الجليل للحطاب — م مكتبة النجاح — ليبيا — طرابلس .
- ٤ — حاشية الصاوي — أحمد بن محمد الصاوي المالكي ( ١٢٤١ هـ ) مع الشرح الصغير للدريير — م دار المعارف — القاهرة ( ١٩٧٣ م )
- ٥ — حاشية الدسوقي على الشرح الكبير شمس الدين محمد بن أحمد عرفة الدسوقي ( ١٢٣٠ هـ ) م المكتبة التجارية الكبرى — بيروت
- ٦ — حاشية الرهوني على الزرقاني — محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهوني بهامشها حاشية محمد بن المسدني . ط ١ م . بولاق — القاهرة ( ١٣٠٦ هـ ) .
- ٧ — الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك — أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد العدوي الشهير بالدريير ( ١٢٠١ هـ ) م . دار المعارف — القاهرة ( ١٩٧٣ م ) .
- ٨ — الفروق — شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي ( ٦٨٤ هـ ) ط أولى — ١٤٤٦ هـ — القاهرة .
- ٩ — المدونة الكبرى — رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الامام عبد الرحمن بن القاسم — ط أولى ( ٢٣٢٢ هـ ) م السعادة .
- ١٠ — المقدمات المهداة لبيان ماقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات المحكمات الشرعية لأهميات مسائلها المشكلات — أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد ( ٥٢٠ هـ ) م السعادة .

١١ — الموافقات في أصول الشريعة — لأبى اسحق الشاطبى إبراهيم  
ابن موسى اللخمي الغرناطى ( ٧٩٠ هـ ) م المكتبة التجارية — القاهرة .

١٢ — مواهب الجليل لشرح مختصر خليل — أبو عبيد الله محمد بن  
عبد الرحمن الطرابلسى المغربى المعروف بالخطاب ( ٩٥٤ هـ )  
م النجاح — طرابلس — ليبيا .

### ٣ — الفقه الشافعى :

١ — الأشباه والنظائر . جلال الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن أبى بكر  
السيوطى ( ٩١١ هـ ) م الحلبي — القاهرة ( ١٩٣٨ م ) .

٢ — الأم — أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان الشافعى  
( ٢٠٤ هـ ) م بولاق — القاهرة ( ١٢٢٩ هـ ) .

٣ — تحفة المحتاج شرح على المنهاج — أبو العباس شهاب الدين أحمد  
ابن محمد بن حجر الهيتمى ( ٩٧٤ هـ ) م مصطفى محمد ( ١٣٠٤ هـ ) .

٤ — الحاوى للفتاوى — جلال الدين عبد الرحمن أبو بكر محمد السيوطى  
( ٩١١ هـ ) م السعادة — القاهرة — ط ٣ ( ١٩٥٩ م ) .

٥ — روضة الطالبين — أبو زكريا يحيى بن شرف النووى الدمشقى  
( ٦٧٦ هـ ) م المكتب الإسلامى — دمشق .

٦ — شرح المنهاج لجلال الدين محمد بن أحمد المحلى .

٧ — فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب — أبو يحيى زكريا بن محمد  
الأنصارى ( ٩٢٥ هـ ) م الحلبي — القاهرة — ( ١٣٥٣ هـ ) .

٨ — قواعد الأحكام في مصالح الأنام — عز الدين بن عبد السلام  
( ٦٦٠ هـ ) — هـ ١٣٥٣ هـ — م الاستقامة — القاهرة .

٩ — المجموع شرح المذهب — أبو زكريا يحيى بن شرف النووى  
( ٦٧٦ هـ ) م التضامن الأخوى — القاهرة ( ١٣٥٢ هـ ) .



١٠- المجموع للنووى — التكملة الثانية للمجموع — محمد بن نجيب المطيعى م الامام — القاهرة .

١١- مختصر المزنى على هامش كتاب الأم — ابو ابراهيم اسماعيل ابن يحيى بن اسماعيل المزنى ( ٢٦٤ هـ ) م بولاق — القاهرة — ( ١٢٢٩ هـ ) .

١٢- المذهب — ابو اسحق ابراهيم بن على بن يوسف النيروز آبادى الشيرازى ( ٤٧٦ هـ ) م الحلبي — القاهرة .

١٣- النظم المستعذب فى شرح غريب المذهب — محمد بن احمد بن بطلال الركبى — م الحلبي — القاهرة . مع المذهب الشيرازى .

١٤- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج — شمس الدين محمد بن أبى العباس احمد بن حمزة الرملى ( ١٠٠٤ هـ ) م الحلبي — القاهرة ( ١٣٥٧ هـ ) بهامشها حاشية على نهاية المحتاج — على بن على الشبراملى ( ١٠٨٧ هـ ) .

١٥- الوجيز فى فقه الامام الشافعى — ابو حامد محمد بن محمد الغزالى ( ٥٠٥ هـ ) م الآداب والمؤيد — القاهرة ( ١٢١٧ هـ ) .

#### ٤ — الفقه الحنبلى :

١ — اعلام الموقعين عن رب العالمين — ابن القيم الجوزية ( ٧٥١ هـ ) تحقيق وضبط عبد الرحمن الوكيل م دار الكتب الحديثة — القاهرة ( ١٢٨٩ هـ ) .

٢ — الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام احمد ابن حنبل علاء الدين ابو الحسن بن سليمان المرداوى . ط ١ ( ١٣٧٥ هـ ) م السنة المحمدية — القاهرة .

٣ — تصحيح الفروع — علاء الدين ابو الحسن على بن سليمان المرداوى الصالحى ( ٨٨٥ هـ ) مراجعة عبد الستار احمد فراج — مع الفروع ط ٢ — م دار السعادة — القاهرة .

٤ — الشرح الكبير على متن المتنوع — شمس الدين ابو الفرج عبد الرحمن ابن أبى عمر محمد بن احمد بن قدامة المقدسى ( ٦٨٢ هـ ) ط ١ ، ٢ ( ١٣٤٦ هـ ، ١٣٤٧ هـ ) م المنار — القاهرة .

٥ — الفروع — شمس الدين المقدسى أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسى ( ٧٦٢ هـ ) ط ٢ — م دار مصر للطباعة — القاهرة — مراجعة عبد الستار أحمد فراج .

٦ — القواعد النورانية الفقهية — شيخ الاسلام أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله المعروف بابن تيمية ( ٨٢٧ هـ ) تحقيق محمد حامد غنى — ط ١ — ١٣٧٠ هـ — م السنة المحمدية — القاهرة .

٧ — الكافي — موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ( ١٢٠ هـ ) ط ١ ( ١٣٨٢ هـ ) منشورات المكتب الاسلامى — دمشق .

٨ — كشف القناع على متن الاقتناع — منصور بن يونس بن ادريس البهوتى ( ١٠٥١ هـ ) م الحكومة — مكة ( ١٣٩٤ هـ ) .

٩ — المغنى مع الشرح الكبير — أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة ( ٦٢٠ هـ ) ط ١ ، ٢ ( ٣٤٦ هـ ) ، ٤ ( ١٣٤٧ هـ ) م المنار — القاهرة .

١٠ — المتنع — موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ( ٦٢٠ هـ ) ط ( ١٣٢٢ هـ ) م المنار الاسلامية — القاهرة — مع حاشية على المتنع لأحدهم ( لم يذكر اسمه ) .

#### ٥ — مؤلفات حديثة :

١ — الاجارة — مصطفى كمال وصفى — بحث مطبوع على الآلة الكاتبة فى مكتبة موسوعة الفقه الاسلامى فى وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية — الكويت .

٢ — أحكام عقود التأمين — عبد الله بن زيد آل محمود — م قطر الوطنية ( ١٣٩٣ هـ ) .

٣ — اشتراكية الاسلام — مصطفى السباعى — ط ٢ ( ١٩٦٠ م ) م دار المطبوعات العربية — دمشق .

٤ — الاقتصاد الاسلامى ( مذهباً ونظماً ) دراسة مقارنة . ابراهيم الطحاوى م الاميرية القاهرة سنة ١٣٩٤ هـ .

- ٥ — درر الحكام شرح مجلة الاحكام — على حيدر — تعريب غهمي الحسيني — م بيروت .
- ٦ — شرح المجلة — سليم رستم باقر اللبفاني — ط ٣ م الأدبية — بيروت ( ١٩٣٢ م ) .
- ٧ — العرف والعادة في رأى الفقهاء — احمد غهمي أبو سنة — م الأزهر ( ١٩٤٩ م ) .
- ٨ — الغرر اثره في العقود في الفقه الاسلامى — الصديق محمد الامين الضير ط ١ ( ١٣٨٦ هـ ) .
- ٩ — مجلة الاحكام العدلية — ط ٥ ( ١٣٨٨ هـ ) م شعاركو .
- ١٠ — مختصر احكام المعاملات — على الخفيف — ط ٤ ( ١٣٧١ هـ ) م السنة المحمدية — القاهرة .
- ١١ — المدخل الفقهي العام — مصطفى احمد الزرقا م الف باء — دمشق — ط ٩ ( ١٩٦٧ م ) .
- ١٢ — المدخل لدراسة الفقه الاسلامى — محمد الحسينى الحنفى — م دار النهضة العربية — القاهرة — ط ٢ ( ١٩٧٤ م ) .
- ١٣ — مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان — محمد قدرى باشا — ط ١ ( ١٣٣٨ هـ ) م المكتبة المصرية — القاهرة .
- ١٤ — مصادر الحق في الفقه الاسلامى — د . عبد الرازق السنهورى — م دار المعارف — القاهرة ( ١٩٦٨ م ) .
- ١٥ — المعاملات الشرعية المالية — احمد ابراهيم بك — م النصر — القاهرة ( ١٣٥٥ هـ ) .
- ١٦ — المعاملات في الشريعة الاسلامية والقوانين العربية — احمد أبو الفتح ط ١ ( ١٣٣٢ هـ ) م البسنور — القاهرة .
- ١٧ — المعاملات الضرورية في المعاملات الشرعية — محمد عارف الجويجاني ط ١ . م الترقى — دمشق ( ١٣٤٥ هـ ) .
- ١٨ — مناهج الاجتهاد في الاسلام في الاحكام الفقهية والعقائدية — د . محمد سلام مذكور . ط ١ ( ١٩٧٢ م ) م المصرية — الكويت .

- ١٩- الموسوعة الفقهية المصرية — المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ( ١٣٨٦ هـ ) م دار التحرير — القاهرة .
- ٢٠- النظام الاقتصادي في الإسلام — تقي الدين النبهاني — ط ٣ ( ١٣٧٢ هـ ) .
- ٢١- نظرية الشروط المقترنة بالمقد في الشريعة والقانون — زكى الدين شعبان ط ١ ( ١٩٦٨ م ) م دار النهضة العربية القاهرة .

#### رابعاً : أصول الفقه :

- ١ — الأحكام في أصول الأحكام — أبو محمد علي بن حزم الاندلسي الظاهري ( ٥٦٦ هـ ) ط ١ ( ١٣٤٧ هـ ) . م السعادة — القاهرة .
- ٢ — أصول مذهب الإمام أحمد بن حنبل ( دراسة أصولية مقارنة ) . د. عبد الله عبد المحسن التركي . م جامعة عين شمس ( ١٩٧٤ م ) .
- ٣ — روضة الناظر وجنة المناظر — الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة . ( ٦٢٠ هـ ) م السلفية — القاهرة ( ١٣٨٥ هـ ) ،
- ٤ — القياس في الشرع الإسلامي — شيخ الإسلام ابن تيمية ، وتلميذه ابن القيم — م السلفية — القاهرة ( ١٣٨٥ هـ ) .
- ٥ — ملخص إبطال القياس والرأى والاستحسان والتقليد والتعطيل — ابن حزم — م دار الفكر — ط ٢ ( ١٣٨٩ هـ ) .
- ٦ — نظرية الإباحة عند الأصوليين — محمد سلام مكتور — ط ٢ ( ١٣٨٥ هـ ) — القاهرة .
- ٧ — إرشاد الفحول — للشويكاني — محمد بن علي الشويكاني . بدون سنة طبع .
- ٨ — الأحكام — للأمدى — سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي ابن محمد تعليق عبد الرزاق عفيفي ط ١ م النور .

#### خامساً : النظام الوضعي :

- ١ — شرح أحكام عقد المعاولة — محمد لبيب شنب — م دار النهضة العربية — القاهرة — ( ١٩٦٢ م ) .

- ٢ — عقد الاستصناع — رسالة دكتوراه من باريس سنة ( ١٩٣٧ م )  
مطبوع على الآلة الكاتبة — في مكتبة المعهد الفرنسي — بالقاهرة .  
لؤلؤها : دافيد فرانيسكو .

2 — LEMARCH A FACON-Francois DAVID.

- ٣ — المبادئ القضائية لأحكام محكمة التمييز العراقية — عبد الرحمن  
العلام م العائى — بغداد ( ١٩٥٧ م ) .  
٤ — مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى — م دار الكتاب  
العربى — القاهرة .  
٥ — نظرية الالتزام فى الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية —  
د. عبد الناصر توتيق العطار — الكتاب الأول فى مصادر الالتزام —  
م السعادة — القاهرة — ( ١٩٧٥ م ) .  
٦ — نظرية العقد — عبد الرازق السنهورى — ط ١٩٢٤ م .  
٧ — الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد — عبد الرازق أحمد  
السنهورى — م جرينرج — القاهرة ( ١٩٥٢ م ) .

سادسا : معاجم اللغة :

- ١ — معجم متن اللغة — أحمد رضا .  
٢ — المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير — أحمد بن محمد بن على  
المقرئ النيويمى ( ٧٧٠ هـ ) .  
٣ — لسان العرب — ابن منظور — جمال الدين ابو الفضل محمد بن جلال  
الدين ابو العز مكرم ( ٧١١ هـ ) .  
٤ — مختار الصحاح — محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى — ترتيب  
محمود خاطر .  
٥ — المصباح — اسماعيل بن حماد الجوهري ( ٣٩٣ هـ ) .  
٦ — تاج العروس — محمد مرتضى الزبيدى .  
٧ — اساس البلاغة — ابو القاسم محمود بن عمر الزمخشري ( ٥٣٨ هـ ) .

### سابعاً : كتب التراجم :

- ١ — الاعلام — خير الدين الزركلى . ط ٣ — م بيروت ( ١٩٦٩ م ) .
- ٢ — طبقات الفقهاء — طاش كبرى زاده — ط ٢ ( ١٩٦١ م ) الزهراء الحنينة — الموصل .
- ٣ — المنهج الأحمد فى تراجم أصحاب الإمام أحمد — أبو اليمن مجير الدين العليمى ( ٩٢٨ هـ ) م المدنى — القاهرة ( ١٣٨٣ هـ ) .

### ثامناً : مصادر متنوعة :

- ١ — الاسلام ومشكلات الحضارة — سيد قطب — م دار احياء الكتب العربية — القاهرة ( ١٩٦٢ م ) .
- ٢ — معركة الاسلام والراسالية — سيد قطب — ط ٢ ( ١٣٨٦ هـ ) .
- ٣ — المرشد الى آيات القرآن الكريم وآياته — محمد غارس بركات — ط ٣ ( ١٣٨٨ هـ ) م دمشق .
- ٤ — مجلة البحوث الاسلامية — مجلد ١ — عدد ٢ ، صادر عن هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية — الرياض .

\* \* \*

## فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٧	المقدمة
٨	خطة البحث
١٢	الباب التمهيدى
	<b>الفصل الأول : العمل والاستصناع</b>
	المبحث الأول : اهمية العمل في الشريعة الاسلامية
١٧	المبحث الثاني : لمحة تاريخية عن الاستصناع
٢٠	الهدف من المعاملات في الاسلام
	المبحث الثالث : الاستصناع بين الشريعة الاسلامية والنظم
	الوضعية
٢٢	<b>الفصل الثاني : مدى حرية المكلف في انشاء العقود</b>
	تمهيد
	المبحث الاول : مجمل الآراء حول الموضوع
٢٢	راى الحنفية
٢٤	راى المالكية ، الشافعية
٢٥	راى الحنابلة
	المبحث الثاني : أدلة القائلين بان الأصل في العقود الإباحة
	من الكتاب
٢٨	من السنة
٢٩	الاعتبار
	المبحث الثالث : أدلة الراى الثانى القائل بان الأصل في العقود
٣٠	الخطر
	١ — الكتاب
	٢ — السنة
٣١	٣ — المعقول
٣٢	المبحث الرابع : خلاصة راى ابن حزم
	مناقشته
٣٣	رد ابن تيمية ما استدل به ابن حزم
	رد ابن تيمية للدليل العقلى الذى استدل به ابن حزم
	كلمة لابد منها

الصفحة	الموضوع
	المبحث الخامس : رأى النظام الوضعى فى مدى حرية المكلف فى
٣٦	انشاء العتود . . . . .
	الخلاصة والترحيع . . . . .
٣٧	الرأى الراجع . . . . .
٣٩	<b>الفصل الثالث :</b> التعاقد على المعدوم . . . . .
	المبحث الأول : حكم بيع المعدوم . . . . .
٤٠	المبحث الثانى : علة منع بيع المعدوم عند الفتهاء ومناقشتها . . . . .
	١ - أنه بيع ضرر . . . . .
	الرد على ذلك . . . . .
٤١	٢ - أنه من بيع معاومة . . . . .
	الرد على هذا الاستدلال . . . . .
	٣ - أنه من بيع ما ليس عند الانسان . . . . .
٤٢	الرد على هذا الدليل . . . . .
٤٣	الجواب . . . . .
	المبحث الثالث : رأى ابن القيم فى بيع المعدوم . . . . .
٤٥	المبحث الرابع : القاعدة فى بيع المعدوم . . . . .
	المبحث الخامس : الاستصناع وبيع المعدوم . . . . .
	رأى الحنابلة فى الاستصناع . . . . .
٤٦	توضيح . . . . .
٤٨	رأى الحنفية . . . . .
	رأى النظام الوضعى فى بيع المعدوم . . . . .
٥٠	المناقشة . . . . .
٥١	<b>الباب الأول :</b> مفهوم الاستصناع وهل هو عقد أم وعد ؟ . . . . .
٥٣	<b>الفصل الأول :</b> تعريف الاستصناع . . . . .
	المبحث الأول : التعريف اللغوى للاستصناع . . . . .
٥٤	الخلاصة . . . . .
	المبحث الثانى : التعريف الاصطلاحي للاستصناع عند الفقهاء . . . . .
	تمهيد . . . . .
	الفرع الأول : تعريف الاستصناع عند اصحاب الاتجاه الاول
٥٥	( الحنفية ) . . . . .
	الطريق الأول : التعريف بذكر صورة ( أى بالرسم ) . . . . .
	ما تنفذه هذه الصور من نوع المسال المصنوع . . . . .
٥٧	الطريق الثانى لتعريف الاستصناع ( التعريف بالحد ) . . . . .
	الاتجاه الاول . . . . .
٥٨	الاتجاه الثانى . . . . .



الصفحة	الموضوع
٥٩	المقارنة . . . . .
	التعريف المختار للاستصناع . . . . .
	وجه الترجيح . . . . .
٦٠	شرح التعريف . . . . .
٦١	مقومات الاستصناع . . . . .
٦٢	الفرع الثاني : تعريف الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثاني .
	تمهيد . . . . .
	المطلب الأول : تعريف الاستصناع عند المالكية . . . . .
٦٥	أنواع المال المصنوع عند المالكية . . . . .
٦٦	تعريف الاستصناع عند المالكية . . . . .
	أساس التعريف . . . . .
٦٧	شرح التعريف . . . . .
	المطلب الثاني : تعريف الاستصناع عند الشافعية . . . . .
	التمهيد . . . . .
٦٨	السلم بالصناعات عند الإمام الشافعي . . . . .
	القسم الأول : السلف في الصناعات المكونة من مادة خام واحدة
٦٩	القسم الثاني : المصنوع من مادتي خام فأكثر ما عدا المادة المزينة
٧٠	تعريف الاستصناع عند الإمام الشافعي . . . . .
	ما جاء في كتاب الأم . . . . .
٧١	تعريف آخر للاستصناع عند الشافعي . . . . .
٧٢	الترجيح . . . . .
	المطلب الثالث : تعريف الاستصناع عند الحنابلة . . . . .
	التمهيد . . . . .
	تعريف الاستصناع عند الحنابلة . . . . .
٧٣	أساس التعريف . . . . .
	شرح التعريف . . . . .
٧٤	المبحث الثالث : تعريف الاستصناع في النظام الوضعي
	التمهيد . . . . .
	الفرع الأول : تعريف الاستصناع عند داغيد . . . . .
٧٥	الفرع الثاني : تعريف الاستصناع في المذنب العراقي . . . . .
	الفرع الثالث : تعريف الاستصناع في المذنب المصري . . . . .
٧٦	المناقشة . . . . .
٧٧	الفصل الثاني : الاستصناع عقد أم وعد . . . . .
	المبحث الأول : مفهوم العقد والوعد . . . . .
	الفرع الأول : تعريف العقد لغة . . . . .

الصفحة	الموضوع
	الفرع الثاني : تعريف العقد اصطلاحاً . . . . .
٧٨	الفرع الثالث : مفهوم الوعد . . . . .
	تعريف الوعد لغة . . . . .
	تعريف الوعد اصطلاحاً . . . . .
	المبحث الثاني : الفرق بين العقد والوعد والآثار المترتبة على هذا
	الفرع الأول : الفرق بين العقد والوعد . . . . .
٧٩	المطلب الأول : الرأي الأول القائل بأن الاستصناع وعد لا عقد . . . . .
٨٠	المطلب الثاني : الأدلة ومناقشتها . . . . .
	المطلب الثالث : حكم الاستصناع على أنه عقد وليس بوعد والأدلة
٨٢	ومناقشتها . . . . .
	أدلة الجمهور القائل بأن الاستصناع عقد وليس وعد . . . . .
٨٥	<b>الفصل الثالث : دراسة العقد بصورة عامة . . . . .</b>
	المبحث الأول : مفهوم العقد . . . . .
	الفرع الأول : تعريف العقد لغة . . . . .
٨٦	الفرع الثاني : تعريف العقد اصطلاحاً . . . . .
	الفرع الثالث : تعريف العقد في النظام الوضعي . ورأي التريعة
	فيه . . . . .
٨٧	العلاقة بين العقد والمتصرف . . . . .
٨٨	المبحث الثاني : تقسيمات العقد في الفقه الإسلامي . . . . .
	الفرع الأول : تقسيم العقود في كتاب البدائع . . . . .
	الفرع الثاني : تقسيم العقود في كتاب المقنع . . . . .
٨٩	المقارنة . . . . .
٩٠	المبحث الثالث : المقومات الأساسية للعقد . . . . .
٩٠	١ - صيغة العقد . . . . .
٩١	٢ - العاقدان . . . . .
	٣ - المعقود عليه . . . . .
٩٣	الباب الثاني : حكم عقد الاستصناع . . . . .
٩٥	<b>الفصل الأول : حكم عقد الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول . . . . .</b>
	المبحث الأول : رأي فقهاء الحنفية في عقد الاستصناع . . . . .
	الفرع الأول : رأي جمهور فقهاء الحنفية . . . . .
٩٦	الفرع الثاني : رأي المسانعين للاستصناع . . . . .
	المبحث الثاني : الأدلة . . . . .
	الفرع الأول : دليل المشروعية عند أصحاب الاتجاه الأول . . . . .
	المطلب الأول : أدلة المجيزين للاستصناع . . . . .
٩٧	وجه الاستحسان . . . . .

الصفحة	الموضوع
٩٨	وجه آخر للاستقصان . . . . .
٩٩	المطلب الثاني : السنة . . . . .
١٠٠	المطلب الثالث : الاجماع . . . . .
	المطلب الرابع : المعقول . . . . .
١٠٣	خلاصة القول . . . . .
	الفرع الثاني : أدلة المسائعين . . . . .
	المنافسة والترجيح . . . . .
١٠٤	المبحث الثالث — حكمة مشروعية عقد الاستصناع . . . . .
	<b>الفصل الثاني : حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثاني</b>
١٠٦	وصلته بالسلم . . . . .
	المبحث الأول : حكم الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثاني . . . . .
	الفرع الأول : حكم الاستصناع عند المالكية . . . . .
١٠٨	مسألة الشروع في الصنع . . . . .
	راينا في المسألة . . . . .
١١٠	الفرع الثاني : حكم الاستصناع عند الشافعية . . . . .
١١٢	الصناعة بالقلب . . . . .
	علة المنع عند الشافعية . . . . .
١١٣	راى المطيعي . . . . .
١١٤	راى أبو سنة وناقشته . . . . .
	الفرع الثالث : حكم الاستصناع عند الحنابلة . . . . .
١١٥	السلم بالصناعات عند الحنابلة . . . . .
	نوع الأموال المصنوعة . . . . .
	صورة أخرى للاستصناع عند الحنابلة . . . . .
١١٦	علة في المنع . . . . .
	الفرع الرابع : خلاصة راى أصحاب الاتجاه الثاني في الاستصناع
١١٧	المبحث الثاني : حكم السلم في الصناعات عند أصحاب الاتجاه الثاني
	الفرع الأول : مشروعية السلم . . . . .
	الفرع الثاني : أدلة المشروعية . . . . .
	الكتاب . . . . .
١١٨	السنة . . . . .
	الاجماع . . . . .
	الفرع الثالث : حكمة المشروعية . . . . .
١١٩	الفرع الرابع : الشروط الخاصة بالسلم . . . . .
	القسم الأول : الشروط المتفق عليها بين الفقهاء . . . . .
١٢١	القسم الثاني : الشروط المختلف فيها بين الفقهاء . . . . .
١٢٣	<b>الفصل الثالث : حكم الاستصناع عند المذاهب الأخرى</b>
	المبحث الأول : الظاهرية . . . . .

الموضوع	الصفحة
المبحث الثاني : الشيعة الجعفرية . . . . .	
<b>الفصل الرابع : حكم الاستمناع في النظام الوضعي . . . . .</b>	١٢٤
<b>الباب الثالث : تكييف عقد الاستمناع . . . . .</b>	١٢٥
<b>الفصل الأول : تكييف عقد الاستمناع عند أصحاب الاتجاه الأول</b>	١٢٧
المبحث الأول : جملة الآراء حول تكييف عقد الاستمناع عند الحنفية	
الفرع الأول : الاستمناع بيع . . . . .	
الأمور التي خالف فيها الاستمناع البيع المطلق . . . . .	١٢٨
أولا : اثبات خيار الرؤية . . . . .	
ثانيا : اشتراط العمل في الاستمناع . . . . .	
رأينا . . . . .	١٢٩
رأى المخالفين في كون الاستمناع بيما . . . . .	
الفرع الثاني : الاستمناع اجارة محضة . . . . .	١٣٠
في اجارة الصانع للعمل . . . . .	١٣١
الاجارة على الصنع تختلف عن الاستمناع . . . . .	١٣٢
الفرع الثالث : الاستمناع اجارة ابتداء بيع انتهاء . . . . .	
الترجيح . . . . .	١٣٣
<b>الفصل الثاني : تكييف عقد الاستمناع عند أصحاب النظام الوضعي</b>	١٣٥
المقالة في المذنب المصري ذات شقين . . . . .	
مقهاء القانون الوضعي . . . . .	١٣٦
دافيد . . . . .	
السنهوري . . . . .	
المبحث الأول . . . . .	١٣٧
الفرع الأول : الاستمناع عقد بيع لشيء مستقبل . . . . .	
المنافسة . . . . .	١٣٨
الفرع الثاني : الاستمناع عقد مقالة واقع على العمل . . . . .	١٣٩
الفرع الثالث : الاستمناع عقد مقالة ان كانت المسادة اقل قيمة	
من العمل ، وعقد بيع ان كان العمل اقل قيمة من المسادة .	
الفرع الرابع : الاستمناع عقد مقالة ابتداء بيع انتهاء . . . . .	١٤٠
المبحث الثاني : الراي الراجع عند فقهاء النظام الوضعي . . . . .	
الفرع الأول : الراجع عند السنهوري . . . . .	
الفرع الثاني : الراجع عند دافيد . . . . .	١٤١
<b>الباب الرابع : المقومات والشروط . . . . .</b>	١٤٢
<b>الفصل الأول : المقومات . . . . .</b>	١٤٥
المبحث الأول : المقومات العامة للاستمناع وغيره من العقود .	
المبحث الثاني : ركن الاستمناع . . . . .	
الفرع الأول : المراد بالصيغة . . . . .	

الصفحة	الموضوع
١٤٦	الصيغة القولية . . . . .
	المعاطاة . . . . .
١٤٧	المبحث الثالث : أركان عقد الاستصناع في النظام الوضعي
١٤٨	<b>الفصل الثاني : الشروط . . . . .</b>
	المبحث الأول : الشروط العامة للاستصناع وغيره . . . . .
	تعريف الشرط لغة . واصطلاحاً . . . . .
١٤٩	الفرع الأول : شروط الانعقاد . . . . .
	المطلب الأول : شروط الانعقاد التي ترجع الى العاقد . . . . .
	أ - اهلية التصرف . . . . .
١٥٠	ب - أن يكون العاقد متعدداً . . . . .
١٥١	المطلب الثاني : الشروط التي ترجع الى صيغة العقد . . . . .
	المطلب الثالث : الشروط التي ترجع الى البديلين . . . . .
١٥٢	المطلب الرابع : الشروط التي ترجع الى مكان العقد . . . . .
	الفرع الثاني : شروط اللزوم . . . . .
١٥٣	الفرع الثالث : شروط صحة العقد . . . . .
١٥٤	شروط النفاذ . . . . .
١٥٦	المبحث الثاني : الشروط الخاصة بالاستصناع . . . . .
	الفرع الأول : يشترط في المستصنع فيه أن يكون معلوماً . . . . .
	المعقود عليه في الاستصناع . . . . .
١٥٧	أدلة الرأي القائل بأن المعقود عليه هو العين . . . . .
١٥٨	أدلة الرأي القائل بأن المعقود عليه هو العمل . . . . .
	المناقشة . . . . .
١٥٩	الرأي الراجح . . . . .
١٦٠	الفرع الثاني : أن يكون مما يجرى فيه التعامل . . . . .
١٦٣	المعرف والقياس . . . . .
	أن يكون مما يجرى فيه التعامل . . . . .
١٦٤	ما لا يجوز الاستصناع فيه . . . . .
١٦٥	استصناع الآلات والمعدات . . . . .
١٦٦	الفرع الثالث : اشتراط ضرب الأجل . . . . .
	أنواع الأجل . . . . .
	الأجل للاستعجال . . . . .
١٦٧	الأجل للاستمهال . . . . .
	دخول الأجل في السلم . . . . .
	أدلة أصحاب الرأي القائل بأن أقل مدة في السلم هي شهر . . . . .
١٦٨	دليل الفريق القائل بأن أقل مدة في السلم ثلاثة أيام . . . . .
	مناقشة هذا الدليل . . . . .
	دليل الفريق الثالث القائل بأن أقل مدة هي نصف يوم وأكثر . . . . .

الصفحة	الموضوع
	دليل الفريق الرابع القائل بأن أقل مدة في الأجل يرجع فيها الى العرف والعادة . . . . .
١٦٩	راينا . . . . .
	ما المراد بالأجل المذكور في الاستصناع . . . . .
١٧٠	ضرب الأجل في الاستصناع . . . . .
	عند أبي حنيفة : يشترط أن لا يكون هناك أجل يضرب في الاستصناع الأدلة . . . . .
١٧٢	رأى الصاحبين في اشتراط الأجل . . . . .
	الأدلة . . . . .
١٧٣	تأييد رأى أبي حنيفة . . . . .
١٧٤	توجيه لرأى الصالحين . . . . .
	مناقشة . . . . .
	راينا . . . . .
١٧٥	رأى آخر . . . . .
	ملخص مسائل التعامل والأجل السابقة الذكر . . . . .
١٧٦	تنبيه . . . . .
١٧٧	المبحث الثالث : شروط الاستصناع في النظام الوضعي . . . . .
	شروط التراضي . . . . .
	شروط الاعتقاد في التراضي . . . . .
	شروط الصحة في التراضي . . . . .
١٧٨	شروط المحل . . . . .
	الشروط الواجب توافرها في العمل . . . . .
	الشروط الواجب توافرها في الأجر . . . . .
١٧٩	<b>الباب الخامس : عقد الاستصناع بين اللزوم وعدمه . . . . .</b>
١٨١	<b>الفصل الأول : موقف عقد الاستصناع من العقود المسماة . . . . .</b>
	مفهوم اللزوم في اللغة والاصطلاح . . . . .
	مفهوم الالتزام . . . . .
١٨٢	خلاصة ما تقدم . . . . .
	موقف القانون الوضعي من اللزوم والالتزام . . . . .
١٨٣	<b>الفصل الثاني : تقسيم العقود بالنسبة للزوم وعدمه . . . . .</b>
	النوع الأول . . . . .
١٨٤	النوع الثاني . . . . .
	النوع الثالث . . . . .
	موقف عقد الاستصناع من هذه الأنواع . . . . .
	<b>الفصل الثالث : المراحل التي يمر بها الاستصناع وحكم كل مرحلة . . . . .</b>
١٨٦	من جهة اللزوم وعدمه . عند أصحاب الاتجاه الأول . . . . .

الصفحة	الموضوع
	المبحث الأول : مرحلة ما قبل الصنع
١٨٨	المرحلة الثانية
١٨٩	المرحلة الثالثة
	عند عدم المطابقة للمطلوب صنعه
١٩٠	١ - بالنسبة للصانع
١٩٢	الرأى المختار عند الكاسانى
	مناقشة الكاسانى لرأى أبى يوسف فى الرواية الثانية
١٩٣	٢ - بالنسبة للمستصنع
	<b>الفصل الرابع : الاستصناع عقسد لازم منذ بداية التعاقد وحتى</b>
١٩٥	نهيته
١٩٦	راينسا
١٩٧	<b>الفصل الخامس : آثار عقد الاستصناع</b>
	بالنسبة للصانع
	بالنسبة للمستصنع
	<b>الفصل السادس : لزوم عقد الاستصناع أو عدم لزومه فى النظام</b>
١٩٨	الوضعى
١٩٩	<b>الباب السادس : أمور تتعلق بعقد الاستصناع</b>
٢٠١	<b>الفصل الأول : خيار الرؤية عند أصحاب الاتجاه الأول</b>
	المبحث الأول : شروط ثبوت خيار الرؤية
٢٠٢	المبحث الثانى : وقت ثبوت خيار الرؤية
	المبحث الثالث : حكم العقد عند قيام خيار الرؤية
٢٠٣	المبحث الرابع : مستقطات خيار الرؤية
	الاختيارى والضرورى من المستقطات
	١ - الاختيارى
	٢ - الضرورى
٢٠٥	<b>الفصل الثانى : خيار العيب عند أصحاب الاتجاه الأول</b>
	المبحث الأول : مشروعية خيار العيب عند الحنفية
	المبحث الثانى : وقت ثبوت خيار العيب
	المبحث الثالث : شروط ثبوت خيار العيب
٢٠٦	المبحث الرابع : كيفية الرد بخيار العيب
٢٠٧	المبحث الخامس : مستقطات خيار العيب
٢٠٨	<b>الفصل الثالث : خيار الرؤية والعيب فى النظام الوضعى</b>
	المبحث الأول : خيار الرؤية
	المبحث الثانى : خيار العيب

الموضوع	الصفحة
<b>الفصل الرابع : التنازع بين طرفي عقد الاستمناع</b>	٢٠٩
لا يمين على الطرفين . . . . .	
النزاع في عدم ضبط المواصفات . . . . .	
النزاع مع ضبط المواصفات . . . . .	٢١٠
<b>الفصل الخامس : الظروف الطارئة</b>	٢١١
<b>الفصل السادس : الشرط الجزائي في عقد الاستمناع</b>	٢١٢
<b>الفصل السابع : رأى المعاصرين في عقد الاستمناع</b>	٢١٤
الاول : صفة معينة . . . . .	٢١٦
النوع الثانى : الصفة غير المينة . . . . .	
اما استمناع البناء . . . . .	٢١٧
تحديد المدة للاستمناع . ووضع الغرامة على ما زاد على المدة	
المضروبة . . . . .	٢١٨
<b>الفصل الثامن : دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستمناع</b>	٢٢١
المبحث الاول : تصنيع السترات . . . . .	
المبحث الثانى : تصنيع المباني الجاهزة ( السابقة الصنع ) . . . . .	
المبحث الثالث : دراسة لبعض عقود الاستمناع المحلية والخارجية	٢٢٣
التعاقد المحلى . . . . .	
التعاقد الخارجى ( الدولى ) . . . . .	٢٢٤
<b>الفصل التاسع : ما ينتهى به عقد الاستمناع</b>	٢٢٦
أ - من جهة الصانع . . . . .	
ب - من جهة المستمنع . . . . .	
موت الصانع . . . . .	
الخاتمة . . . . .	٢٢٨
ثبت المراجع . . . . .	٢٣٣







مطابع الشريم  
الدمام - المملكة العربية السعودية  
تلفون: ٨٤٣٢٩٦٢



To: [www.al-mostafa.com](http://www.al-mostafa.com)